GIANLUCA FAELLA

Politiche di sconti delle imprese dominanti

G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

Politiche di sconti delle imprese dominanti

GIANLUCA FAELLA

Politiche di sconti delle imprese dominanti

G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2012 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
http://www.giappichelli.it

ISBN 978-88-3483882-2

Stampa: Pittini Digital Print - Roma

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE-SOMMARIO

INTRODUZIONE 1

CAPITOLO I

POLITICHE DI PREZZO E CONDOTTE UNILATERALI ESCLUDENTI 4

1. Il controllo dei comportamenti unilaterali escludenti: salvaguardia dell'assetto concorrenziale del mercato e tutela del benessere della collettività o dei consumatori 4
2. L'applicazione del paradigma del benessere dei consumatori: definizione dello standard probatorio e ruolo dell'analisi economica 11
3. Le condotte unilaterali escludenti nel diritto europeo della concorrenza 17
   - 3.1. La nozione di abuso di posizione dominante invalsa nella prassi europea 17
   - 3.2. La rimodulazione dei fini del diritto antitrust europeo e il processo di revisione dell'applicazione dell'art. 102 TFUE 22
4. Il dibattito circa la definizione di un test di valutazione delle condotte unilaterali escludenti 31
   - 4.1. Il bilanciamento degli effetti pro e anticompetitivi 32
   - 4.2. L'esclusione di concorrenti altrettanto efficienti 34
   - 4.3. L'accrescimento dei costi dei rivali 36
   - 4.4. Il *sacrifice test* 37
   - 4.5. Il *no-economic sense test* 41
   - 4.6. Le condotte che accrescono il potere di mercato, non producono benefici per i consumatori e sono agevolmente identificabili e condannabili 42
   - 4.7. Il *disproportionality test* 43

5. Gli Orientamenti sugli abusi escludenti: la nozione di preclusione anticoncorrenziale e il test del concorrente altrettanto efficiente 45
6. L'insufficienza del test del concorrente altrettanto efficiente nei casi di politiche di prezzo complesse: il test basato sulle possibilità di reazione dei concorrenti 47
7. La scelta di un'appropriata misura dei costi 51
7.1. Le diverse misure dei costi e l'arco temporale di riferimento 51
7.2. I problemi sollevati dalla scelta della misura dei costi 55
7.3. I test di prezzo utilizzati nella prassi applicativa in tema di prezzi predatori 60
8. La protezione dei concorrenti non (ancora) altrettanto efficienti 62
8.1. Il problema dell'*above-cost predation*: le soluzioni accolte negli Stati Uniti e nell'UE 62
8.2. Le ragioni della divergenza 66
8.3. I limiti dell'intervento antitrust in caso di prezzi superiori al livello dei costi 67
9. Effetti anticoncorrenziali e guadagni d'efficienza 70

CAPITOLO II

LE POLITICHE DI PREZZO FIDELIZZANTI: SCONTI FEDELTÀ, *TARGET* E QUANTITÀ 76

1. Gli sconti condizionati: tassonomia essenziale 77
2. L'analisi economica degli sconti fidelizzanti 78
2.1. Il potenziale escludente 80
2.1.1. Gli sconti fidelizzanti retroattivi 80
2.1.2. Gli sconti fidelizzanti incrementali 87
2.2. La restrizione della concorrenza *interbrand* 89
2.3. Ulteriori possibili spiegazioni e guadagni d'efficienza 91
3. L'esperienza statunitense 97
3.1. Gli sconti fidelizzanti nella giurisprudenza nordamericana 97
3.2. Il Section 2 Report e le successive iniziative del DOJ 104
3.3. Il caso *Intel* 106
3.4. Alcune considerazioni conclusive sull'esperienza statunitense 109
4. La prassi antitrust europea: gli sconti fidelizzanti retroattivi 110
4.1. L'orientamento tradizionale delle istituzioni europee 111
4.1.1. Gli effetti fidelizzanti ed escludenti: gli sconti fedeltà 111
4.1.2. (segue) Gli sconti *target* 121

4.1.3. (segue) Gli sconti quantitativi 130
4.1.4. (segue) Gli effetti escludenti degli sconti fidelizzanti retroattivi: quadro di sintesi e limiti dell'orientamento tradizionale delle istituzioni europee 134
4.1.5. La natura discriminatoria 139
4.1.6. Il carattere iniquo 143
4.1.7. La tendenza a compartimentare i mercati nazionali 144
4.2. Il Discussion Paper 146
4.3. La decisione *Tomra* e la pronunzia della Corte di Giustizia in *British Airways* 148
4.4. Gli Orientamenti della Commissione 153
4.5. I limiti degli Orientamenti 156
4.6. La prima applicazione dei criteri introdotti dagli Orientamenti: il caso *Intel* europeo 159
4.7. La reiterazione del tradizionale approccio formalistico: le sentenze dei giudici europei nei casi *Solvay* e *Tomra* 163
4.8. Gli effetti escludenti degli sconti fidelizzanti retroattivi: alcune considerazioni conclusive 167
5. Gli sconti fedeltà e *target* incrementali nella prassi antitrust europea 170
5.1. Gli effetti fidelizzanti ed escludenti 170
5.2. Il carattere discriminatorio 171
5.3. Il Discussion Paper e gli Orientamenti 173
5.4. Il caso *Velux* e la sentenza *Solvay* 174
6. Le possibili giustificazioni oggettive per l'utilizzo degli sconti fidelizzanti .. 175
6.1. La prassi decisionale e la giurisprudenza anteriori al processo di revisione dell'applicazione dell'art. 102 TFUE 175
6.2. I limiti dell'orientamento tradizionale 179
6.3. I segnali di apertura contenuti nel Discussion Paper e negli Orientamenti 181
7. Gli sconti fidelizzanti tra esclusione e predatorietà: il dibattito circa la definizione di un appropriato standard di valutazione 184
8. La *vis* offensiva della pratica nei confronti dei rivali 189
8.1. La capacità di escludere i concorrenti 189
8.1.1. Gli sconti concessi come contropartita per l'assunzione di un espresso vincolo d'esclusiva 190
8.1.2. Gli sconti fidelizzanti retroattivi 190
8.1.3. Gli sconti fidelizzanti incrementali 193
8.2. La stima della quota contendibile e della parte rilevante della domanda dei clienti 194
8.3. La scelta di un'appropriata misura dei costi 200

8.4. La durata del periodo di riferimento 203
8.5. Alcuni ulteriori fattori d'analisi 207
8.6. Lo standard probatorio e il ruolo di un test di prezzo nell'analisi degli sconti fidelizzanti 208
9. La portata della preclusione e l'impatto della pratica sul complessivo grado di concorrenza e sul potere di mercato dell'impresa dominante 211
10. L'eventuale esistenza di una giustificazione commerciale 216

CAPITOLO III

GLI SCONTI LEGANTI 219

1. Tipi di sconti leganti 219
2. Il potenziale anticoncorrenziale 220
2.1. Gli effetti escludenti 221
2.1.1. Gli sconti leganti retroattivi 222
2.1.2. Gli sconti leganti incrementali 224
2.1.3. Gli effetti escludenti degli sconti leganti: alcune considerazioni conclusive 226
2.2. L'affievolimento della concorrenza *interbrand* 228
2.3. Gli sconti leganti come pratica di sfruttamento del potere di mercato: l'incremento dello *stand-alone price* 228
2.4. Gli effetti discriminatori 231
2.5. Ulteriori spiegazioni commerciali e potenziali guadagni d'efficienza 233
3. Il trattamento degli sconti leganti nel diritto antitrust statunitense 236
3.1. Le prime pronunzie delle corti nordamericane: da *SmithKline* a *British Airways* 236
3.2. Il caso *Le Page*'s 238
3.3. L'affermazione del *discount allocation test*: la relazione dell'AMC, il caso *PeaceHealth* e le posizioni del DOJ e della FTC 240
4. Gli sconti leganti nel diritto europeo della concorrenza 243
4.1. Il potenziale escludente: l'orientamento tradizionale delle istituzioni europee 244
4.2. Gli Orientamenti 248
4.3. Le possibili giustificazioni obiettive 249
5. L'analisi antitrust degli sconti leganti tra preclusione e predatorietà 250
6. L'analisi diretta degli effetti della pratica sul benessere dei consumatori 255
7. I test di prezzo emersi nella prassi e nella letteratura antitrust 260
7.1. L'applicazione dei principî generali in tema di prezzi predatori 261
7.2. Il *discount allocation test* di matrice nordamericana 263

7.3. Il test delineato dagli Orientamenti 265
8. La definizione di un appropriato test di prezzo 266
8.1. L'allocazione degli sconti e la stima del prezzo incrementale 267
8.1.1. L'allocazione degli sconti in presenza di due o più prodotti concorrenziali 267
8.1.2. L'allocazione degli sconti in caso di domanda non interamente contendibile 269
8.1.3. Considerazioni conclusive circa l'allocazione degli sconti 270
8.2. La definizione di un'appropriata misura dei costi 271
8.3. L'esclusione di concorrenti non (ancora) altrettanto efficienti 274
8.4. Lo standard probatorio e il ruolo di un test di prezzo 275
9. L'analisi del grado di preclusione e dell'impatto concorrenziale della pratica 279
10. L'esistenza di una plausibile giustificazione commerciale 283

CAPITOLO IV

GLI SCONTI SELETTIVI 287

1. La riduzione selettiva dei prezzi tra predatorietà e concorrenza 287
2. L'evoluzione della giurisprudenza statunitense 291
3. Gli sconti selettivi nella giurisprudenza e nella prassi decisionale europee ... 294
3.1. L'uso offensivo degli sconti selettivi 294
3.2. L'uso difensivo degli sconti selettivi 296
3.3. L'incerta *ratio* sottesa al divieto della pratica 300
4. Il Discussion Paper e gli Orientamenti 305
5. Il caso *Velux* e la sentenza della Corte di Giustizia in *Post Danmark* 307
6. La riconduzione degli sconti selettivi nel quadro generale di analisi delle politiche di prezzo predatorie 310
7. Il grado di preclusione e l'impatto concorrenziale 314
8. Gli effetti discriminatori 316
9. L'allineamento alle offerte dei concorrenti e le ulteriori giustificazioni oggettive 317

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE 321

BIBLIOGRAFIA 326

INTRODUZIONE

Il trattamento delle condotte unilaterali delle imprese egemoni ha rappresentato, nell'ultimo decennio, il settore nel quale più avvertita è stata l'esigenza di una riflessione circa finalità, strumenti e limiti dell'interferenza del sistema antimonopolistico nell'agone concorrenziale. Le difficoltà applicative e i dubbi interpretativi nascono dal fatto che, sovente, i comportamenti concorrenziali e quelli indebitamente escludenti assumono le medesime vesti e producono esiti analoghi[1], giacché iniziative unilaterali assolutamente lecite e benefiche sul piano sociale – quali un abbassamento non predatorio dei prezzi, l'introduzione di nuovi prodotti, il miglioramento della loro qualità e una politica commerciale o promozionale particolarmente efficace – possono penalizzare i rivali, relegarli in una posizione marginale e, al limite, estrometterli dal mercato[2]. Il problema che affligge l'elaborazione antimonopolistica contemporanea è sceverare le condotte indebitamente escludenti dalle legittime iniziative concorrenziali. In Europa, la cronica assenza di un'organica riflessione sul concetto di abuso da parte delle istituzioni europee, tradizionalmente ancorate a un approccio prettamente casistico, ha acuito le difficoltà nel tracciare la sottile linea rossa che separa le condotte concorrenziali aspre e aggressive, ma benefiche per la collettività, da quelle indebitamente escludenti.

Le politiche di sconti delle imprese dominanti rappresentano un caso paradigmatico dell'imbarazzo che attanaglia l'elaborazione antimonopolistica in tema di condotte unilaterali escludenti. Sebbene la concessione di sconti si risolva, in linea di principio, in un abbassamento dei prezzi a beneficio dei clienti, la possibile incidenza negativa di iniziative commerciali aggressive sui concorrenti minori, con conseguente deterioramento della fisionomia concorrenziale del mercato, ha indotto le istituzioni europee e nazionali a un

---

[1] «*Competitive and exclusionary conducts look alike*»: F.H. EASTERBROOK, *When Is it Worthwhile to Use Courts to Search for Exclusionary Conduct?*, in *Columbia Business Law Review*, 2003, 345.

[2] «*Perfectly desirable behavior may foreclose competition and destroy a competitor*»: E. ELHAUGE, *Defining Better Monopolization Standards*, in *Stanford Law Review*, 2003, 253. Come evidenziato dal giudice Breyer in *Barry Wright*, «*virtually* every *contract to buy 'forecloses' or 'excludes' alternative sellers from* some *portion of the market*»: cfr. *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227, 236 (1st Cir. 1983).

atteggiamento di forte sospetto, legittimato dall'immancabile richiamo all'assioma della speciale responsabilità dell'impresa dominante, che giustificherebbe il divieto di condotte di per sé lecite[3]. L'orientamento tradizionale prevalso in sede europea – pedissequamente ripreso in ambito nazionale – reputa leciti gli sconti praticati dagli operatori dominanti ove riflettano economie di scala o, comunque, risparmi di costo, siano legati a quantitativi oggettivi, non siano applicati in maniera retroattiva sull'intero quantitativo acquistato dal cliente in un dato lasso temporale e non siano discriminatori; negli altri casi, l'attuazione di politiche di sconti atte a incidere negativamente sulla posizione di mercato dei concorrenti minori espone le imprese egemoni a elevati rischi d'incorrere negli strali dell'antitrust.

In particolare, la prassi decisionale e giurisprudenziale europea ha enucleato le seguenti principali fattispecie potenzialmente illecite: (i) gli sconti fedeltà e *target*, condizionati al soddisfacimento di obiettivi d'acquisto personalizzati, fissati in misura percentuale rispetto al fabbisogno del cliente o in termini assoluti; (ii) gli sconti quantitativi, legati al raggiungimento di soglie standardizzate; (iii) gli sconti leganti, che subordinano il riconoscimento di una riduzione del prezzo di un prodotto all'acquisito di uno o più altri beni o servizi; e (iv) gli sconti selettivi, mirati specificamente a determinati clienti, considerati strategici o più esposti alla pressione concorrenziale di altri operatori.

L'atteggiamento invalso nella prassi statunitense è, tradizionalmente, molto più liberale e permissivo: sino a pochi anni or sono, le autorità antitrust nordamericane non avevano intrapreso iniziative avverso le imprese per aver attuato politiche di sconti[4]; sulla stessa linea, le corti federali, timorose di soffocare iniziative sostanzialmente concorrenziali, sono state generalmente restie a condannare riduzioni dei prezzi, a meno che questi ultimi fossero predatori[5], o gli sconti fossero collegati all'acquisto di più linee di prodotti, con un sostanziale effetto legante[6]. La cautela delle istituzioni statunitensi s'inscrive

[3] Cfr., *ex multis*, Corte Giust. 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, in *Raccolta*, 1979, 965; Commissione 14 luglio 1999, caso IV/D-2/34.780, *Virgin/British Airways*, G.U. L 30/1 (2000).

[4] Cfr. OECD, *Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates*, 2003, atti del '*Roundtable on Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates*' tenutosi nel 2002, disponibile sul sito Internet http://www.oecd.org/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/2493106.pdf, secondo cui «*the U.S. antitrust agencies cannot recall any enforcement actions challenging «market share» discount schemes, but a number of recent private suits have started to develop the law in this area*».

[5] Cfr., in particolare, *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp*., 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000), nonché *Virgin Atlantic Airways Ltd. v. British Airways PLC*, 257 F.3d 256 (2d Cir. 2001).

[6] Cfr., *inter alia*, *SmithKline Corp. v. Eli Lilly & Co.*, 575 F.2d 1056 (3d Cir. 1978); *Le Page's v. 3M*, 324 F.3d 141 (3d Cir. 2003).

nel solco di una più generale tendenza ad adottare un approccio minimalista di stampo *chicagoan* nell'*enforcement* del divieto di monopolizzazione, fondato sulla fiducia nella capacità di autoregolamentazione dei mercati e sullo scetticismo circa la razionalità economica delle condotte escludenti[7].

Il contrasto tra l'intransigenza delle istituzioni europee e il *laissez-faire* dell'orientamento prevalente nella prassi statunitense, solo in parte temperato da un faticoso ed esitante processo di graduale convergenza sviluppatosi negli ultimi anni, testimonia come l'elaborazione antimonopolistica in tema di politiche di sconti delle imprese dominanti non sia ancora giunta a soluzioni soddisfacenti, condivise e coerenti con gli insegnamenti – peraltro ancora in evoluzione – della teoria economica. L'analisi delle principali scontistiche tipizzate dalla giurisprudenza e dalla prassi decisionale suggerisce che l'intervento antitrust non dovrebbe essere improntato a un incondizionato divieto di tutti gli sconti che non riflettono guadagni d'efficienza, né a una generosa presunzione (quasi) assoluta di liceità degli sconti non predatori e non leganti. Come sovente accade, *in medio stat virtus*. Tuttavia, l'individuazione dei criteri da utilizzare per distinguere le politiche di sconti competitive da quelle indebitamente escludenti solleva elevatissime difficoltà, dando origine a delicati interrogativi circa l'equilibrio ottimale tra valori quali l'aderenza alla realtà economica, la certezza del diritto e la semplicità applicativa.

Data la valenza intrinsecamente ambigua delle politiche di sconti delle imprese dominanti, la definizione di una cornice analitica per la valutazione di tali pratiche deve necessariamente passare attraverso una riflessione a più ampio spettro circa la nozione di condotta unilaterale escludente, intorno alla quale si sono affannate, negli ultimi anni, le divergenti letture di autorità antitrust, corti e cultori del diritto della concorrenza, senza essere ancora pervenute a esiti affidanti (Capitolo I). Siffatta riflessione costituisce la premessa e la base teorica della successiva analisi giuseconomica e comparata delle politiche di sconti fedeltà, *target* e quantità (Capitolo II), leganti (Capitolo III) e selettivi (Capitolo IV).

---

[7] Cfr. R. PERITZ, *La sorte del monopolio al vaglio antitrust – Dubbi e prospettive interpretative dal fronte nord-americano*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2009, 469. Secondo W. KOVACIC, *The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Behavior: The Chicago/Harvard Double Helix*; in *Columbia Business Law Review*, 2007, 1, il *lasseiz-faire* delle istituzioni statunitensi è il frutto dell'influenza esercitata, da un lato, dallo scetticismo degli studiosi di Chicago circa la razionalità delle condotte escludenti e, dall'altro, dall'enfasi posta dalla scuola di Harvard sull'esigenza di definire regole amministrabili, che possano essere applicate da autorità giudiziarie senza doversi addentrare in complesse analisi economiche.

CAPITOLO I

POLITICHE DI PREZZO E CONDOTTE UNILATERALI ESCLUDENTI

SOMMARIO: 1. Il controllo dei comportamenti unilaterali escludenti: salvaguardia dell'assetto concorrenziale del mercato e tutela del benessere della collettività o dei consumatori. - 2. L'applicazione del paradigma del benessere dei consumatori: definizione dello standard probatorio e ruolo dell'analisi economica. - 3. Le condotte unilaterali escludenti nel diritto europeo della concorrenza. - 3.1. La nozione di abuso di posizione dominante invalsa nella prassi europea. - 3.2. La rimodulazione dei fini del diritto antitrust europeo e il processo di revisione dell'applicazione dell'art. 102 TFUE. - 4. Il dibattito circa la definizione di un test di valutazione delle condotte unilaterali escludenti. - 4.1. Il bilanciamento degli effetti pro e anticompetitivi. - 4.2. L'esclusione di concorrenti altrettanto efficienti. - 4.3. L'accrescimento dei costi dei rivali. - 4.4. Il *sacrifice test*. - 4.5. Il *no-economic sense test*. - 4.6. Le condotte che accrescono il potere di mercato, non producono benefici per i consumatori e sono agevolmente identificabili e condannabili. - 4.7. Il *disproportionality test*. - 5. Gli Orientamenti sugli abusi escludenti: la nozione di preclusione anticoncorrenziale e il test del concorrente altrettanto efficiente. - 6. L'insufficienza del test del concorrente altrettanto efficiente nei casi di politiche di prezzo complesse: il test basato sulle possibilità di reazione dei concorrenti. - 7. La scelta di un'appropriata misura dei costi. - 7.1. Le diverse misure dei costi e l'arco temporale di riferimento. - 7.2. I problemi sollevati dalla scelta della misura dei costi. - 7.3. I test di prezzo utilizzati nella prassi applicativa in tema di prezzi predatori. - 8. La protezione dei concorrenti non (ancora) altrettanto efficienti. - 8.1. Il problema dell'*above-cost predation*: le soluzioni accolte negli Stati Uniti e nell'UE. - 8.2. Le ragioni della divergenza. - 8.3. I limiti dell'intervento antitrust in caso di prezzi superiori al livello dei costi. - 9. Effetti anticoncorrenziali e guadagni d'efficienza.

1. Il controllo dei comportamenti unilaterali escludenti: salvaguardia dell'assetto concorrenziale del mercato e tutela del benessere della collettività o dei consumatori

La definizione del concetto di condotta unilaterale escludente è profondamente influenzata dall'impostazione ideologica dell'interprete e, segnatamente, dalle sue convinzioni circa funzione, obiettivi e limiti della disciplina antimonopolistica. Un comportamento non può essere giudicato anticoncorrenziale o pro-competitivo in astratto, bensì esclusivamente in relazione ai diversi valori – sottesi o, comunque, connessi a un sistema di

mercato concorrenziale – che si ritiene debbano essere perseguiti dalle norme antitrust[1]: valori che possono esaurirsi nella promozione dell'efficienza allocativa e del benessere collettivo, secondo l'impostazione della scuola di Chicago[2], ovvero estendersi sino a includere la protezione delle piccole e medie imprese, la garanzia delle pari opportunità, la correttezza nelle relazioni commerciali[3], l'integrazione delle economie di stati indipendenti[4], il pluralismo e la dispersione del potere economico[5]. Negli ultimi decenni, i fini di carattere economico hanno assunto un rilievo preminente, se non esclusivo, nell'applicazione delle discipline antimonopolistiche più evolute, ma i tratti caratterizzanti e le linee d'intervento dei sistemi antitrust tendono comunque a variare in funzione dell'evoluzione delle teorie economiche e dell'importanza riconosciuta alle stesse nei diversi ordinamenti[6].

---

[1] Come evidenziato da E.M. FOX, *What is harm to competition? Exclusionary practices and anti-competitive effect*, in *Antitrust Law Journal*, 2002, 371, «*definitions have cultural and normative content. What is harm to competition is not pure, scientific, and absolute*».

[2] Cfr., in particolare, R.A. POSNER, *The Social Cost of Monopoly and Regulation*, in *Journal of Political Economy*, 1975, 807; ID., *Antitrust Law: An Economic Perspective*, University of Chicago Press, Chicago, 1976; R. BORK, *The Antitrust Paradox – A policy at War with Itself*, Basic Books, Inc., New York, 1978.

[3] Sull'enfasi posta su considerazioni *lato sensu* equitative nella storia della politica europea della concorrenza, cfr., *inter alia*, L. GYSELEN, *Abuse of Monopoly Power*, in *Fordham Corporate Law Institute*, 1989, 615; D. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford University Press, New York, 2001; I.S. FORRESTER, *Competition Law Implementation at Present*, in C.D. EHLERMANN-L.L. LAUDATI (a cura di), *The European Competition Law Annual 1997: The Objectives of Competition Policy*, Hart Publishing, Oxford, 1998, 359. In senso favorevole all'accoglimento, in seno alla disciplina antimonopolistica, di istanze fondate sulla correttezza nei rapporti commerciali, cfr. K. LEE, *A "Fairness" Interpretation of Competition Policy with Special Reference to Korea's Laws*, in *The symposium in commemoration of the 50th anniversary of the funding of the Fair Trade Commission in Japan, Competition Policy for the 21st century at 61* (KFTC 1997), il quale rileva come le normative a tutela della concorrenza di diverse nazioni, tra cui la Corea e il Giappone, indichino espressamente quale obiettivo primario una «*fair and free competition*».

[4] In Europa, la disciplina della concorrenza è stata concepita come funzionale all'obiettivo politico dell'integrazione del mercato comune. Siffatto tratto autoctono dell'esperienza antimonopolistica europea ha profondamente segnato l'evoluzione della politica della concorrenza nel vecchio continente. Sul tema, cfr., *ex plurimis*, D. GERBER, *The Transformation of European Community Competition Law*, in *Harvard International Law Journal*, 1994, 97; B. HAWK, *Antitrust in the EEC – The first decade*, in *Fordham Corporate Law Institute*, 1972, 229.

[5] Si veda, per tutti, G. AMATO, *Antitrust and the bounds of power: the dilemma of liberal democracy in the history of the market*, Hart Publishing, Oxford, 1997.

[6] Per una rapida ricognizione dei legami tra gli orientamenti delle istituzioni competenti e l'evoluzione del pensiero economico, con particolare attenzione all'esperienza europea, cfr. A. PERA, *Changing Views of Competition, Economic Analysis and EC Antitrust Law*, in *European Competition Journal*, 2008, 127.

In tema di condotte unilaterali escludenti, le divergenti opinioni delle autorità competenti e della dottrina circa obiettivi e limiti del diritto antitrust si sono tradotte in due principali linee di pensiero. Secondo un primo orientamento, in assenza di una valida giustificazione oggettiva, devono ritenersi incompatibili con le norme antitrust tutte le condotte aventi carattere escludente, nel presupposto che, nel lungo termine, la salvaguardia di una struttura di mercato competitiva e delle sue dinamiche promuova il benessere della collettività[7]. La tesi postula un'azione particolarmente incisiva delle corti e delle autorità antitrust, che dovrebbero garantire la conservazione dell'assetto concorrenziale dei mercati e le possibilità d'accesso e d'espansione delle imprese minori, in sintonia coi dettami della scuola di Harvard, dominante negli Stati Uniti sino agli anni settanta del secolo scorso[8], nonché con quegli orientamenti che riconoscono al diritto antitrust, oltre a finalità efficientistiche, la specifica vocazione a prevenire l'eccessiva concentrazione del potere economico[9]. In tale ottica, si presume che la salvaguardia della libertà commerciale delle imprese minori dagli indebiti ostacoli frapposti dal potere economico privato sia conforme al pubblico interesse, non soltanto perché il processo concorrenziale stimola gli operatori a migliorare le proprie

[7] In tal senso, cfr., *inter alia*, E.M. FOX, *op. cit.* Nella giurisprudenza nordamericana, cfr., in particolare, *Fishman v. Estate of Wirz*, 807 F.2d 530 (7th Cir. 1986): nella specie, pur riconoscendo che «*the enhancement of consumer welfare is an important policy – probably the paramount policy – informing the antitrust laws*», la corte ha precisato che «*the antitrust rules are concerned with the competitive process, and their application does not depend in each particular case upon the ultimate demonstrable consumer effect. A healthy and unimpaired competitive process is presumed to be in the consumer interest*».

[8] Gli studiosi della scuola di Harvard hanno sviluppato il paradigma struttura-condotta-*performance* (S-C-P), in base al quale la struttura del mercato costituisce il principale fattore che determina il comportamento delle imprese e, di riflesso, le *performance* economiche. Tale impostazione, unitamente alla convinzione che posizioni di potere di mercato e barriere all'entrata costituissero fenomeni diffusi, ha indotto gli studiosi di Harvard a concentrare l'enfasi sulla salvaguardia di una struttura di mercato aperta e concorrenziale. Le posizioni classiche della scuola di Harvard sono esposte, *inter alia*, da J.S. BAIN, *Industrial Organization*, Wiley, New York, 1959; ID., *Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries*, Harvard University Press, Cambridge, 1956; E. MASON, *Economic Concentration and the Monopoly Problem*, Harvard University Press, Cambridge, 1959; C. KAYSEN-D.F. TURNER, *Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis*, Harvard University Press, Cambridge, 1959.

[9] La sentenza *Standard Oil* della Corte Suprema degli Stati Uniti testimonia come, nel primo periodo dell'esperienza antitrust statunitense, l'accumulo del benessere nelle mani di pochi fosse percepito come una minaccia all'ordine economico e democratico: cfr. *Standard Oil of New Jersey v. United States*, 221 US 1, 50 (1911). Sulla tutela della concorrenza come strumento di garanzia contro gli abusi del potere economico privato, cfr., in particolare, G. AMATO, *op. cit.*

performance e, per tale via, tende a promuovere gli interessi dei consumatori, ma anche per ragioni che trascendono mere considerazioni d'efficienza.

A partire dagli anni settanta del secolo scorso, l'influenza della scuola di Chicago ha favorito l'emersione di posizioni più caute, che tendono a delimitare il raggio d'azione delle norme a tutela della concorrenza, onde evitare d'interferire col fisiologico funzionamento dei mercati in assenza di chiare ripercussioni negative sul benessere della collettività o dei consumatori[10]. L'enfasi si è quindi trasferita dalla tutela della concorrenza come processo di rivalità tra le imprese alla protezione della stessa quale strumento per promuovere l'efficienza economica e il benessere. A tenore di tale secondo orientamento, l'impatto della pratica sul benessere della collettività o dei consumatori rappresenta l'unico criterio affidabile per sceverare le condotte commerciali aggressive, ma sostanzialmente pro-competitive, da quelle indebitamente escludenti[11].

---

[10] Per alcune classiche trattazioni delle teorie della scuola di Chicago, cfr., *inter alia*, R. BORK, *op. cit.*; R.A. POSNER, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, cit.; ID., *The Chicago School of Antitrust Analysis*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1979, 925. Nella letteratura economica, il *consumer welfare* è generalmente definito come il *surplus* complessivo di tutti i consumatori. Il *surplus* di un determinato consumatore è la differenza tra il valore che egli attribuisce a un dato prodotto e il prezzo che paga per lo stesso. Il *surplus* del produttore è invece pari alla differenza tra il prezzo percepito per la vendita di un bene o servizio e il costo marginale sostenuto per produrre ciascuna unità. Il *total welfare* è la somma del benessere dei consumatori e di quello dei produttori. Cfr. M. MOTTA, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, 18.

[11] Nella letteratura nordamericana, cfr., a titolo esemplificativo, B. KLEIN, *The Microsoft Case: What Can a Dominant Firm Do to Defend Its Market Position?*, in *Journal of Economic Perspectives*, 2001, 45, per il quale «*the guiding principle to decide whether behaviour by a dominant firm involves 'competition on the merit' is whether the behaviour benefits consumers or produces efficiencies*»; D.S. EVANS, *Dodging the Consumer Harm Inquiry: A Brief Survey of Recent Government Antitrust Cases*, in *St. John's Law Review*, 2001, 545; R.D. JOFFE, *Antitrust Law and Proof of Consumer Injury*, in *St. John's Law Review*, 2001, 615; T. MURIS, *The FTC and the Law on Monopolization*, in *Antitrust Law Journal*, 2000, 693, nonché, in tema di *exclusive dealing*, J.M. JACOBSON, *Exclusive Dealing, Foreclosure, and Consumer Harm*, in *Antitrust Law Journal*, 2002, 311. Il test di valutazione dei prezzi predatori, articolato dalla Corte Suprema in *Brooke Group Ltd v Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993), è coerente con un approccio incentrato sulla tutela del benessere dei consumatori, là dove subordina il divieto della pratica alla dimostrazione di una ragionevole possibilità di recuperare, in futuro, le perdite sofferte nel primo periodo, mercé un innalzamento del livello dei prezzi. Nella giurisprudenza nordamericana, cfr. anche, *inter alia*, *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 58 (D.C. Cir. 2001), ove la Corte del D.C. Circuit ha affermato che, per essere considerata anticompetitiva, una condotta unilaterale «*must harm the competitive process and thereby harm consumers*»; *California Dental Association v. FTC*, 526 U.S. 756 (1999); *NYNEX Corp. v. Discon, Inc.*, 525 U.S. 128 (1998).

In dottrina, è stato obiettato che, a tenore dell'orientamento appena richiamato, le uniche condotte anticoncorrenziali sarebbero quelle che comportano, in ultima istanza, lo sfruttamento del potere di mercato, mentre resterebbero immuni dal controllo dell'antitrust una serie di ulteriori comportamenti di carattere escludente[12]. In realtà, l'esclusione dei rivali rappresenta una conseguenza spiacevole ma inevitabile del fisiologico funzionamento del meccanismo concorrenziale. La delimitazione dei casi d'esclusione rilevanti ai sensi della disciplina antimonopolistica risponde all'idea – dotata d'indubbia attrattiva – secondo cui le imprese non dovrebbero essere schermate dalle insidie della concorrenza, a meno che ciò risulti necessario a proteggere gli interessi della collettività e, segnatamente, dei consumatori. Secondo tale impostazione, il *focus* della disciplina antimonopolistica dovrebbe essere il controllo del potere di mercato, inteso in senso ampio come capacità di alzare i prezzi, restringere la produzione o influenzare altrimenti i parametri della concorrenza, a detrimento degli interessi dei consumatori e, in generale, dell'efficienza complessiva del mercato[13]: in tale ottica, l'unica esclusione rilevante per il diritto antitrust sarebbe quella che, in ultima istanza, si ripercuote negativamente sull'efficienza economica e sul *total* o *consumer welfare*, restando impregiudicata la questione dell'eventuale rilevanza del nocumento arrecato ai rivali ai sensi di ulteriori ambiti disciplinari, quali le disposizioni in tema di concorrenza sleale o abuso di dipendenza economica.

---

[12] Cfr. E.M. FOX, *op. cit.*

[13] Ad avviso di T. MURIS, *The FTC and the law on monopolization*, cit., tale impostazione si fonda su due premesse logiche: (i) per essere considerata anticompetitiva, una condotta escludente deve essere atta a fornire un adeguato contributo alla creazione, al mantenimento o all'accrescimento del potere di mercato; e (ii) nella dottrina economica e giuridica, siffatto potere è definito come capacità di alzare i prezzi e restringere la produzione. Peraltro, le condotte escludenti possono pregiudicare il fisiologico funzionamento del meccanismo concorrenziale, ripercuotendosi negativamente sul benessere dei consumatori e sull'efficienza economica, senza tradursi necessariamente in effetti visibili in termini di prezzi o quantità: ragion per cui la nozione di pregiudizio al *total* o *consumer welfare* dev'essere intesa in senso ampio, in modo da includere l'alterazione di diversi possibili parametri di concorrenza. In tal senso, cfr. J.M. JACOBSON, *Exclusive Dealing, Foreclosure, and Consumer Harm*, cit. L'interpretazione estensiva della nozione di benessere dei consumatori è stata recepita anche in Europa: cfr., a titolo esemplificativo, *Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese* (2004/C 31/03), § 8, ove si precisa che, per «aumento del potere di mercato», *focus* elettivo del sistema di controllo delle operazioni di concentrazione, s'intende la possibilità, per una o più imprese, di aumentare i prezzi, ridurre la produzione, la scelta o la qualità dei beni e dei servizi, diminuire l'innovazione o influenzare altrimenti i parametri di concorrenza per ricavarne un vantaggio.

Negli ultimi anni, l'impostazione incentrata sull'impatto della pratica sul benessere sociale o dei consumatori ha avuto una crescente eco in Europa. L'orientamento maggioritario della dottrina giuridica ed economica ha sottolineato l'esigenza di riformare l'approccio formalistico tradizionalmente adottato nell'applicazione dell'art. 102 TFUE, focalizzando l'attenzione sugli effetti concreti delle condotte contestate invece d'indulgere in categorizzazioni formali[14], nel presupposto che, in ultima istanza, la disciplina antimonopolistica è votata alla prevenzione dello sfruttamento del potere di mercato[15]. Tuttavia, non mancano opinioni contrarie a un ulteriore rafforzamento del ruolo dell'analisi economica, sull'assunto che occorra limitare la discrezionalità dell'interprete nell'applicazione delle norme antitrust, ancorando al dato normativo la scelta tra diversi possibili modelli di concorrenza, onde evitare di cadere in una sorta di giustizia del caso singolo, difficilmente amministrabile e inconciliabile col valore della certezza del diritto[16].

Ulteriore questione è se, nella valutazione delle condotte potenzialmente anticompetitive, occorra utilizzare, come parametro elettivo, il benessere sociale o quello dei soli consumatori[17]. Sebbene la maggior parte

---

[14] Cfr. J. GUAL-M. HELLWIG-A. PERROT-M. POLO-P. REY-K. SCHMIDT-R. STENBACKA, *An Economic Approach to Article 82*, relazione presentata alla Commissione europea, luglio 2005, disponibile sul sito Internet http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf, nonché in *Competition Policy International*, 2006, 111.

[15] In tale prospettiva, la tradizionale distinzione tra abusi escludenti e di sfruttamento finisce per scolorire, poiché i primi devono comunque sfociare nel possibile esercizio del potere di mercato, non più limitato dalla pressione competitiva dei rivali attuali o potenziali: sul punto, cfr. R. PARDOLESI, *Condotta unilaterale d'impresa: una disciplina in cerca d'identità*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2009, 479; I. LIANOS, *Categorical Thinking in Competition Law and the 'Effects-Based' Approach in Article 82 EC*, in A. EZRACHI (a cura di), *Article 82 EC – Reflections on its recent evolution*, Hart Publishing, Oxford, 2009, 19.

[16] Per una vibrante critica dell'approccio economico, v. F. DENOZZA-A. TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell'approccio economico nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, 563; un forte scetticismo nei confronti dell'orientamento favorevole a un rafforzamento del ruolo dell'analisi economica, fondato sul paradigma del benessere dei consumatori, è espresso, altresì, da G. GHIDINI-E. AREZZO, *L'assalto fallito? – Riflessioni sulla proposta rivisitazione in chiave "più economica" dell'abuso di dominanza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2010, 115.

[17] In ambo i casi, il pregiudizio sofferto dai consumatori è elemento necessario per la configurabilità di un'infrazione alle norme antitrust. Tuttavia, nei sistemi che adottano come parametro di riferimento il benessere sociale, il pregiudizio sofferto dai consumatori non è condizione sufficiente, potendo essere compensato dai vantaggi di cui beneficiano le imprese, secondo il criterio di Kaldor-Hicks. Per una critica alla dicotomia tra benessere sociale e dei consumatori, incentrata sulla necessità di tener conto di obiettivi e valori ulteriori, quali emergono dalle preferenze dei cittadini, cfr. W. KERBER, *Should Competition Law Promote Efficiency? – Some Reflections of an Economist on the Normative Foundations of Competition*

degli economisti e diversi giuristi, in sintonia con l'orientamento della scuola di Chicago[18], preferirebbero far riferimento alla nozione di *total welfare*[19], in quanto più coesa e maneggevole di quella di *consumer welfare*, nella letteratura giuseconomica vi è ampio consenso circa il fatto che il paradigma del benessere dei consumatori rappresenti ormai la stella polare nella concreta applicazione della disciplina antimonopolistica[20]. Invero, il paradigma del benessere dei consumatori presenta alcuni limiti intrinseci sul piano operativo, che ne riducono sensibilmente le potenzialità applicative. L'impossibilità di ricondurre le utilità interpersonali a un denominatore comune, confrontando le perdite di alcuni coi vantaggi di altri, limita la maneggevolezza e l'utilità pratica di tale parametro, soprattutto ove la condotta *sub judice* produca effetti distributivi interni al lato della domanda, aumentando il benessere di alcuni (gruppi di) consumatori ai danni di altri[21]. Ciò nondimeno, in dottrina si riconosce che,

---

Law, in J. DREXL-L. IDOT-J. MONEGER (a cura di), *Economic Theory and Competition Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008, 93.

[18] Gli studiosi di Chicago propugnavano un sistema antitrust puro e avulso da condizionamenti esogeni, che perseguisse la promozione dell'efficienza economica come strumento per massimizzare la ricchezza sociale, rimettendo ad altri rami del diritto l'attuazione di politiche redistributive. Cfr. R. BORK, *op. cit.*; ID., *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*, in *Journal of Law & Economics*, 1966, 7; R.A. POSNER, *The Economics of the Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1972.

[19] Sul punto, cfr., *ex multis*, K. HEYER, *Welfare Standards and Merger Analysis: Why Not the Best*, in *Competition Policy International*, 2006, 29; J. FARRELL-M. KATZ, *The Economics of Welfare Standards in Antitrust*, in *Competition Policy International*, 2006, 1; M. MOTTA, *Competition Policy: Theory and Practice*, cit., 19-22; T.J. MURIS, *The Government and Merger Efficiencies: Still Hostile After All These Years*, in *George Mason Law Review*, 1999, 729; W.E. KOVACIC, *op. cit.*; M.S. JACOBS, *An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics*, in *North Carolina law Review*, 1995, 219. In senso contrario alla tesi secondo cui il diritto della concorrenza dovrebbe essere neutrale nei confronti degli effetti redistributivi ai danni dei consumatori, cfr., *inter alia*, S.C. SALOP, *Question: What is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: the True Consumer Welfare Standard*, in *Loyola Consumer Law Review*, 2010, 336; J.B. KIRKWOOD-R.H. LANDE, *The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency*, in *Notre Dame Law Review*, 2008, 191; R. PITTMAN, *Consumer Surplus as the Appropriate Standard for Antitrust Enforcement*, in *Competition Policy International*, 2007, 205; R.H. LANDE, *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, in *Hastings Law Journal*, 1982, 65.

[20] Nella dottrina nazionale, cfr., *inter alia*, R. PARDOLESI, *Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2007, 119; nonché M. POLO, *A favore di un approccio economico nell'applicazione del diritto antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2007, 129.

[21] Cfr. F. DENOZZA-A. TOFFOLETTO, *op. cit.*, per i quali la nozione di benessere dei consumatori invalsa nell'elaborazione antimonopolistica è «giuridicamente inutilizzabile»; cfr. anche F.

sebbene non possa fungere, nella maggior parte dei casi, da concreto strumento applicativo, il paradigma del benessere dei consumatori – quale versione politicamente corretta dell'efficienza allocativa – rappresenta pur sempre una finalità tendenziale, in funzione della quale dovrebbero essere tarate le regole operazionali da applicare al caso concreto[22].

2. L'applicazione del paradigma del benessere dei consumatori: definizione dello standard probatorio e ruolo dell'analisi economica

Rispetto all'approccio incentrato sulla salvaguardia del processo concorrenziale, l'orientamento basato sul pregiudizio arrecato agli interessi dei consumatori implica, in linea di principio, una contrazione degli spazi per l'applicazione delle norme in tema di condotte unilaterali escludenti, ma l'effettiva portata dell'intervento antitrust dipende dallo standard probatorio che deve essere soddisfatto, in concreto, per dimostrare l'esistenza di effetti negativi sul *consumer welfare*. A titolo esemplificativo, deve trattarsi di conseguenze attuali o anche semplicemente potenziali? Nel secondo caso, il pregiudizio arrecato agli interessi dei consumatori deve essere probabile, oppure è sufficiente che sia una conseguenza ragionevole o persino meramente possibile della condotta? Qual è l'orizzonte temporale di riferimento?

Mentre in alcuni casi è possibile valutare direttamente il pregiudizio sofferto dai consumatori mediante un'analisi dell'impatto della pratica su parametri oggettivi quali prezzi e quantità, in altre ipotesi siffatta valutazione può rivelarsi impraticabile, soprattutto ove gli effetti negativi sul *consumer welfare* siano destinati a materializzarsi soltanto in un momento successivo. Inoltre, i modelli economici tendono a concentrarsi sull'impatto delle condotte analizzate in termini di prezzi e quantità, laddove il concetto di benessere dei consumatori è stato progressivamente esteso per inglobare dimensioni ulteriori, quali l'innovazione, la possibilità di scelta e la qualità dei prodotti. Gli stessi economisti riconoscono che gli effetti su variabili diverse da prezzi e quantità in un arco temporale di medio o lungo periodo non sono prevedibili con certezza. Le difficoltà sono ancora maggiori quando è necessario effettuare un bilanciamento tra effetti di segno opposto su variabili eterogenee quali prezzi, possibilità di scelta, qualità o innovazione, oppure emerge un conflitto tra differenti categorie di consumatori, alcune delle quali sono avvantaggiate, mentre altre subiscono un pregiudizio[23].

DENOZZA, *Pratiche anticoncorrenziali e bilanciamento degli effetti tra benessere ed equità*, in *Rivista italiana degli economisti*, 2005, 1, supplemento, 49; G. GHIDINI-E. AREZZO, *op. cit.*

[22] Cfr. R. PARDOLESI, *Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust*, cit.

[23] Cfr. il dibattito riportato in *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori – Due fini confliggenti?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2009, 381.

In ragione dell'impossibilità o, comunque, dell'elevata difficoltà di misurare direttamente l'impatto di una condotta sui consumatori, in molti casi un'incidenza negativa sul *consumer welfare* si può soltanto inferire indirettamente dall'alterazione del processo concorrenziale, con la conseguenza che, sul piano applicativo, i confini tra i due orientamenti discussi *supra* tendono a sfumare: entrambi finiscono per convergere verso la constatazione che, in ultima istanza, l'impatto sul processo competitivo può fungere da *proxy* delle verosimili ripercussioni per i consumatori. Tuttavia, mentre l'orientamento tradizionale è incline a ravvisare nel deterioramento della fisionomia concorrenziale del mercato un fattore sufficiente a fondare una presunzione di probabile danno per i consumatori, che non dev'essere oggetto di specifica prova e, a rigore, non è neppure indispensabile, l'adesione al paradigma del *consumer welfare* comporta la necessità d'individuare, con ragionevole certezza, un nesso eziologico tra l'alterazione del processo competitivo e la lesione attuale o potenziale degli interessi dei consumatori[24].

Ove non sia possibile misurare direttamente l'impatto della pratica sui consumatori, il nodo cruciale diviene stabilire quando l'alterazione del processo concorrenziale giustifichi l'intervento antitrust, in ragione delle presumibili ripercussioni negative sul *consumer welfare*. La ricerca del delicato equilibrio tra interventismo e *laissez-faire* nella tutela del processo concorrenziale è inevitabilmente influenzata dalle convinzioni ideologiche dell'interprete[25]. Se parte della dottrina è incline a ravvisare, con una certa elasticità, una sufficiente alterazione del processo concorrenziale nella lesione della posizione di mercato dei rivali attuali o potenziali[26], altri rilevano che, per non ridurre l'intervento antitrust a strumento di tutela dei concorrenti, occorre stabilire, con sufficiente rigore, quali condizioni debbano essere soddisfatte perché il danno arrecato agli antagonisti possa tradursi in un reale pregiudizio per gli interessi dei consumatori[27].

---

[24] Cfr., *inter alia*, P. ROTH-C. BELLAMY-V. CHILD-G.D. CHILD, *Bellamy & Child: European Community Law of Competition*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 948. Le differenze tra i due orientamenti emergono con maggior risalto nei casi in cui gli obiettivi della tutela del processo concorrenziale e della protezione degli interessi dei consumatori entrino in conflitto. Cfr. L. LOVDHAL-GORMSEN, *The Conflict between Economic Freedom and Consumer Welfare in the Modernisation of Article 82 EC*, in *European Competition Journal*, 2007, 329.

[25] Sul punto, cfr. M. POLO, *Un commento*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2009, 491.

[26] Nella letteratura nordamericana, cfr. S.D. HOUCK, *Injury to Competition/Consumers in High Tech Cases*, in *St. John's Law Review*, 2001, 593; S.C. SALOP-R. CRAIG ROMAINE, *Preserving Monopoly: Economic Analysis, Legal Standards, and Microsoft*, in *George Mason Law Review*, 1999, 617.

[27] Cfr. H.H. CHANG-D.S. EVANS-R. SCHMALENSEE, *Has The Consumer Harm Standard Lost Its Teeth*, in R.W. HAHN (a cura di), *High-Stakes Antitrust – The Last Hurrah?*, Brookings Institution Press, Washington, DC, 2003, 72, per i quali si può ritenere, con sufficiente

L'esigenza d'arginare il rischio che condotte anticompetitive restino indenni (falsi negativi, o *type-II errors*) induce ad ammettere l'intervento antitrust non soltanto allorché sia possibile raggiungere la prova diretta di specifiche conseguenze pregiudizievoli per i consumatori, ma anche ove la lesione dell'assetto concorrenziale del mercato faccia presumere, con ragionevole probabilità, un impatto negativo attuale o ragionevolmente prossimo sul *consumer welfare*. Al contempo, la necessità di limitare, per quanto possibile, le erronee condanne (falsi positivi, o *type-I errors*), tendenzialmente più dannose sul piano sociale perché non corrette dai meccanismi di auto-aggiustamento dei mercati[28], suggerisce d'intervenire con particolare cautela nei casi in cui la prova degli effetti negativi sul benessere dei

---

sicurezza, che il nocumento arrecato ai rivali si tradurrà in una lesione degli interessi dei consumatori soltanto quando: (i) la pratica incide in maniera sostanziale sulle capacità competitive di uno o più concorrenti; (ii) i rivali danneggiati detengono una posizione di rilievo sul mercato, sì che la limitazione della loro capacità di competere si ripercuote negativamente sul benessere dei consumatori, in un orizzonte temporale di breve periodo; e (iii) gli effetti anticoncorrenziali che si producono nel breve termine non possono essere agevolmente neutralizzati dall'ingresso o dall'espansione di altre imprese.

[28] Lo spontaneo operare delle forze di mercato tende a destabilizzare le posizioni di monopolio, perché profitti sovra-concorrenziali attirano nuovi entranti, ma non garantisce analoghi effetti correttivi quando comportamenti che generano efficienze sono messi al bando da interventi delle autorità competenti: cfr. F.H. EASTERBROOK, *The Limits of Antitrust*, in *Texas Law Review*, 1984, 1; cfr. anche, *ex multis*, D.S. EVANS-A.J. PADILLA, *Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach*, in *University of Chicago Law Review*, 2005, 73; G.A. MANNE-J.D. WRIGHT, *Innovation and the Limits of Antitrust*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2010, 153; T.A. LAMBERT, *The Roberts Court and the Limits of Antitrust*, in *Boston College Law Review*, 2011, 871. Nei settori della *new economy*, poi, l'interferenza dell'antitrust potrebbe frustrare l'innovazione e disincentivare l'attuazione di pratiche efficienti, sicché sembra preferibile eccedere sul versante degli errori del secondo tipo piuttosto che delle erronee condanne, ferma la necessità d'evitare un eccessivo aumento del livello dei prezzi e garantire la possibilità d'ingresso e d'espansione di nuovi operatori, potenzialmente più efficienti: cfr. W.J. KOLASKY, *Mario Monti's Legacy: A U.S. Perspective*, in *Competition Policy International*, 2005, 155. Simili preoccupazioni percorrono la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti in tema di condotte unilaterali escludenti: cfr., in particolare, *Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 594, 106 S. Ct. 1348 (1986), ove si rileva che gli errori del secondo tipo «*are especially costly, because they chill the very conduct that antitrust laws are designed to protect*», e *Verizon Communications Inc., Petitioner v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP.*, 540 U.S. 398 (2004), secondo cui «*the cost of false positives counsels against an undue expansion of § 2 liability*». Peraltro, la fiducia nelle capacità di auto-aggiustamento dei mercati è stata efficacemente posta in discussione da A. EZRACHI-D. GILO, *Are Excessive Prices Really Self-Correcting?*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2009, 249, rilevando, da un lato, che la decisione d'entrare in un mercato non è dettata dalle condizioni praticate prima dell'ingresso, ma dall'aspettativa circa il livello dei prezzi che prevarrà dopo l'entrata; dall'altro, che le virtù segnaletiche del prezzo anteriore all'ingresso sono quanto meno ambigue.

consumatori sia soltanto indiretta, in quanto fondata sull'impatto della pratica sui concorrenti[29]. Un eccessivo abbassamento dello standard probatorio potrebbe indurre, all'estremo, ad assimilare qualsiasi alterazione dell'assetto concorrenziale del mercato e delle condizioni d'accesso a un pregiudizio per gli interessi dei consumatori, sotto forma di limitazione della varietà e delle possibilità di scelta[30], finendo per collocare l'*enforcement* antimonopolistico su posizioni sostanzialmente coincidenti con quelle dell'approccio strutturalista. In osservanza a un moderno giuramento d'Ippocrate, i giudici e le autorità antitrust dovrebbero astenersi dall'interferire col funzionamento dei mercati, ove non siano sufficientemente sicure di non arrecare danni col loro intervento[31].

Tanto premesso, è chiaro che analizzare, in concreto, gli effetti delle condotte unilaterali sul benessere dei consumatori è compito intrinsecamente arduo, specie ove la pratica abbia valenza ambigua, in quanto atta, da un lato, a rafforzare o preservare il potere di mercato dell'impresa egemone e, dall'altro, a intensificare la pressione competitiva o, comunque, generare guadagni d'efficienza, incidendo su parametri di concorrenza eterogenei. L'analisi economica – e, segnatamente, l'economia industriale, che fornisce il substrato scientifico al diritto della concorrenza – non offre una guida sicura: grazie anche all'ausilio degli strumenti analitici della teoria dei giochi e all'influenza della teoria dei costi di transazione[32], la moderna organizzazione industriale ha superato gli eccessi in cui cadevano i teorici di Harvard, preoccupati di arginare il potere di mercato delle grandi imprese, e quelli di Chicago, inclini alla presunzione di liceità di molte pratiche unilaterali[33], ma non offre indicazioni univoche ai fini della risoluzione dei singoli casi, posto che i modelli elaborati dalla letteratura economica, pur spiccando per la precisione e il nitore concettuale, pervengono a risultati strettamente dipendenti da ipotesi specifiche

---

[29] Cfr. H.H. CHANG-D.S. EVANS-R. SCHMALENSEE, *op. cit.* In senso conforme, cfr., altresì, A. PERA-V. AURICCHIO, *Consumer Welfare, Standard of Proof and the Objectives of Competition Policy*, in *European Competition Journal*, 2005, 153, nonché J.M. JACOBSON, *Exclusive Dealing, Foreclosure, and Consumer Harm*, cit.

[30] Cfr. I LIANOS, *op. cit.*

[31] Cfr. W.J. KOLASKY, *Mario Monti's Legacy: A U.S. Perspective*, cit.

[32] Cfr. H. HOVENKAMP, *Harvard, Chicago, and Transaction Cost Economics in Antitrust Analysis*, in *Antitrust Bulletin*, 2010, 613.

[33] Le stesse due tradizionali scuole di pensiero economico hanno sperimentato nel tempo un processo di convergenza, tanto che le rispettive posizioni su diverse questioni appaiono non agevolmente distinguibili: cfr. H. HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Harvard University Press, Cambridge, 2006, 35-38; W. KOVACIC, *op. cit.*

e non si prestano a facili generalizzazioni[34]. Negli ultimi anni, l'economia comportamentale (*behavioral economics*), che studia le scelte economiche con metodo sperimentale, approfondendo l'impatto di fattori sociali, cognitivi ed emozionali, ha posto in discussione gli assiomi della teoria economica neoclassica standard, dimostrando che le persone scelgono spesso in modo irrazionale, almeno rispetto ai canoni classici di razionalità, col risultato di migliorare la comprensione di alcuni fenomeni, ma contribuire, al contempo, a destabilizzare le poche certezze che si possono trarre dall'analisi economica[35].

Sebbene non garantisca soluzioni affidanti, la teoria economica può aiutare a comprendere meglio i fenomeni di mercato, analizzare e interpretare i dati e le informazioni raccolte, decifrare le reali motivazioni che animano le condotte delle imprese e, in ultima istanza, valutare con maggior consapevolezza il verosimile impatto della pratica sulla concorrenza e sul benessere dei consumatori. A chi, conscio degli elevati costi amministrativi e timoroso degli errori di valutazione in cui possono incorrere autorità amministrative e organi giurisdizionali, non voglia rassegnarsi alle insidie di un'indagine approfondita caso per caso alla stregua del canone della ragionevolezza[36], non resta che tentare d'elaborare – nel solco della teoria delle

---

[34] «*The fact that something can be modeled does not mean that it has important policy implications or, for that matter, that the modeled result occurs frequently or ever obtains at all*»: H. HOVENKAMP, *Antitrust and the Costs of Movement*, in *Antitrust Law Journal*, 2012, 67. Per un'interessante lettura dell'evoluzione del pensiero economico in materia antitrust negli ultimi decenni, cfr. B.H. KOBAYASHI-T.J. MURIS, *Chicago, Post-Chicago, and Beyond: Time to Let Go of the 20th Century*, in *Anitrust Law Journal*, 2012, 147.

[35] Le indicazioni che si traggono dall'economia comportamentale possono divergere dalle prescrizioni basate sulla teoria economica neoclassica: cfr. R. SMITH-S. KING, *Does Competition Law Adequately Protect Consumers*, in *European Competition Law Review*, 2007, 412, i quali evidenziano come i due approcci non siano ancora stati adeguatamente integrati. Per un'analisi delle implicazioni dell'economia comportamentale nell'area del diritto della concorrenza, cfr. C. OSTI, *Il mercato fuori di sé – Consumatori irrazionali, amministratori irrazionali e giudici irrazionali*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2010, 311, secondo il quale la focalizzazione sulle disfunzioni cognitive potrebbe essere più feconda proprio nell'applicazione delle norme in tema di condotte unilaterali; cfr. anche, *inter alia*, E. GARCÉS-TOLÓN, *The Impact of Behavioral Economics on Consumer and Competition Policies*, in *Competition Policy International*, 2010, 145, e, con specifico riferimento alle condotte unilaterali, M.E. STUCKE, *Behavioral Antitrust and Monopolization*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2012, 545.

[36] Indagine ritenuta imprescindibile da parte della dottrina: cfr. T. MURIS, *The FTC and the law on monopolization*, cit., per il quale «*given our ignorance about the sources of a firm's success, [monopolization cases] must necessarily be wide-ranging in questioning whether the conduct at issue in fact created, enhanced, or preserved monopoly, whether efficiency justifications explain such behavior, and all other relevant issues*».

decisioni[37] – regole e linee guida volte a limitare i costi derivanti da errori del primo e del secondo tipo tramite un'appropriata definizione dell'onere probatorio e presunzioni fondate sugli insegnamenti della teoria economica[38], garantendo al contempo un livello accettabile di certezza del diritto per le imprese e una sufficiente funzionalità sul piano applicativo[39].

Se lo stato attuale delle conoscenze in campo economico non giustifica divieti a compasso allargato, che ricolleghino l'intervento repressivo dell'antitrust al mero accertamento di una condotta unilaterale potenzialmente escludente[40], maggiori prospettive sembrano dischiudersi nella direzione opposta: l'elaborazione di *safe harbor* adeguatamente calibrati potrebbe porre al riparo dalla scure dell'antitrust una serie di condotte che, in assenza di determinate condizioni, non sembrano contribuire significativamente alla creazione, al rafforzamento o alla conservazione del potere di mercato dell'impresa egemone. In tale ottica, particolare cautela dev'essere adottata nell'analisi delle condotte che, pur potendo avere effetti escludenti, sono generalmente tenute anche da imprese prive di potere di mercato come

---

[37] Il *decision-theoretic approach* analizza le regole giuridiche in base alla loro capacità di minimizzare la somma dei costi sociali derivanti dai diversi tipi di errori di valutazione e dei costi amministrativi sostenuti dalle parti e dagli organi competenti, in uno scenario caratterizzato da informazione imperfetta. Siffatto approccio è stato applicato sia alle norme antitrust, sia in altri campi del diritto: cfr., *inter alia*, I. EHRLICH-R.A. POSNER, *An Economic Analysis of Rule Making*, in *Journal of Legal Studies*, 1974, 257; R.A. POSNER, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, in *Journal of Legal Studies*, 1973, 399; per alcune applicazioni in tema di disciplina antimonopolistica, cfr. K.H. HYLTON-M. SALINGER, *Tying Law and Policy: A Decision-Theoretic Approach*, in *Antitrust Law Journal*, 2001, 469; C.F. BECKNER III-S.C. SALOP, *Decision Theory and Antitrust Rules*, in *Antitrust Law Journal*, 1999, 41; sul ruolo centrale della teoria delle decisioni nella risoluzione dei casi antitrust sottoposti alla Corte Suprema degli Stati Uniti, cfr. T.A. LAMBERT, *The Roberts Court and the Limits of Antitrust*, cit.

[38] La definizione di regole operazionali efficienti postula una stima tanto della misura dei costi derivanti dai diversi tipi di errori di valutazione, quanto della loro probabilità: cfr. D.S. EVANS, *How Economist Can Help Courts Design Competition Rules: An EU and US Perspective*, in *World Competition*, 2005, 93.

[39] Sul punto, cfr., *inter alia*, 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.

[40] Come dimostra il fatto che alcuni dei principali casi di abuso di posizione dominante e di monopolizzazione sottoposti al vaglio, rispettivamente, delle istituzioni europee e delle corti statunitensi sono stati ampiamente dibattuti in dottrina e sono tuttora controversi: cfr., con riferimento al versante nordamericano, T. MURIS, *The FTC and the law on monopolization*, cit. Cfr., peraltro, I. LIANOS, *op. cit.*, secondo cui, anche in un approccio economico, la classificazione delle diverse condotte in tipi può essere utile ai fini dell'allocazione dell'onere della prova in funzione del grado di presumibile gravità dell'infrazione contestata.

legittima leva competitiva[41]: in casi del genere, infatti, sono maggiori le probabilità che l'impiego della pratica sia legato a possibili guadagni d'efficienza o, comunque, all'attuazione di iniziative concorrenziali aggressive, in linea di principio benefiche sul piano sociale[42].

3. Le condotte unilaterali escludenti nel diritto europeo della concorrenza

3.1. La nozione di abuso di posizione dominante invalsa nella prassi europea

A tenore dell'insegnamento tralatizio della giurisprudenza europea, sebbene la detenzione di una posizione dominante non implichi, di per sé, alcun addebito, l'impresa egemone ha la speciale responsabilità di non compromettere, col suo comportamento, lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune[43]. Il concetto di speciale responsabilità sintetizza l'indole più interventista, quasi regolatoria, della politica della concorrenza europea in tema di abuso di posizione dominante rispetto alla prassi nordamericana in materia di *monopolization*[44]. Oltre a

[41] Oltre alle politiche di sconti, si pensi a pratiche quali la discriminazione di prezzo, gli accordi di esclusiva e le clausole leganti, impiegate non solo dagli operatori dominanti, ma anche da svariate imprese attive in mercati aperti e concorrenziali per legittime finalità commerciali.

[42] Cfr., sul punto, D.S. EVANS-A.J. PADILLA, *Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach*, cit., i quali, per le pratiche aventi ripercussioni ambigue sul benessere dei consumatori, si esprimono a favore di una presunzione relativa di legalità o, in alternativa, di un approccio di ragionevolezza strutturato in una serie di *safe harbor*, nel presupposto che: (i) molte condotte unilaterali oggetto di censura da parte degli organi antitrust sono diffuse anche in mercati concorrenziali e, quindi, riflettono verosimilmente guadagni d'efficienza; (ii) sovente, le imprese in grado di pregiudicare gli interessi dei consumatori non hanno sufficienti incentivi a comportarsi in modo anticoncorrenziale; e (iii) è ragionevole presumere che i costi derivanti dal divieto di pratiche pro-concorrenziali siano più elevati di quelli legati alla creazione o al rafforzamento di rendite monopolistiche.

[43] Cfr., *ex multis*, Corte Giust. 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin/Commissione*, in *Raccolta*, 1983, 3461, § 105; Trib. UE 7 ottobre 1999, causa T-228/97, *Irish Sugar/Commissione*, in *Raccolta*, 1996, II-2969, § 112. Per un inquadramento generale della prassi in tema d'abuso, cfr., *inter alia*, A. FRIGNANI, *L'abuso di posizione dominante*, in A. FRIGNANI-R. PARDOLESI (a cura di), *La concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2006, 177; V. MANGINI-G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Giappichelli, Torino, 2012; C. OSTI, *Diritto della concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2007; S. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Giuffrè, Milano, 2001; sul diritto antitrust interno, cfr. P. FATTORI-M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2009.

[44] Cfr. P. JEBSEN-R. STEVENS, *Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The Regulation of Competition Under Article 86 of the European Union*, in *Antitrust Law Journal*, 1996, 443.

comportare il divieto di sfruttare la propria posizione di predominio praticando prezzi o altre condizioni contrattuali eccessivamente gravose (abusi di sfruttamento)[45], siffatta responsabilità si traduce nell'obbligo di non ostacolare l'ingresso, la permanenza o l'espansione dei concorrenti attraverso il ricorso a «mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici» (abusi escludenti)[46].

L'approccio tradizionalmente seguito dalle istituzioni europee nei casi d'abuso riflette l'impostazione teorica strutturalista, ma ha radici ideologiche autoctone[47]. La nozione d'abuso di posizione dominante invalsa nell'ordinamento europeo è stata profondamente influenzata dal pensiero della

---

La speciale responsabilità dell'impresa egemone sembra divenire particolarmente stringente ove l'operatore detenga una posizione quasi monopolistica (*super-dominance*): cfr., in tal senso, Corte Giust. 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports e altri/Commissione*, in *Raccolta*, 2000, I-1365, nonché in *Foro italiano*, 2001, IV, 258, con nota di M. GIORDANO, *Abuso di posizione dominante e parallelismo oligopolistico: la Corte di giustizia tenta la quadratura del cerchio?*, oltre alle conclusioni rese, nel medesimo caso, dall'Avvocato Generale Fennelly (conclusioni del 29 ottobre 1998, cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96 P), Compagnie maritime belge SA (C-395/96 P) and Dafra-Lines A/S (C-396/96 P) v Commission of the European Communities*, in *Raccolta*, 2000, I-1365). A livello statale, cfr., in senso conforme, Competition Appeal Tribunal 15 gennaio 2002, caso n. 1001/1/1/01, *Napp Pharm. Holdings Ltd. and Subsidiaries v. Dir. Gen. of Fair Trading*, ove la corte britannica ha fatto applicazione di una normativa interna modellata su quella europea.

[45] Si tratta di una figura d'illecito che si pone, per certi versi, al centro dell'*enforcement* antimonopolistico, in quanto volta a prevenire direttamente lo sfruttamento del potere di mercato (cfr. R. PARDOLESI, *Condotta unilaterale d'impresa: una disciplina in cerca d'identità*, cit.), ma è invocata con parsimonia in Europa, perché foriera di difficoltà applicative e incline a derive regolatorie, ed è sconosciuta sull'altro versante dell'Oceano, ove la giurisprudenza s'attesta su posizioni diametralmente opposte: cfr. le parole, quasi da apologia del monopolio, vergate dal giudice Scalia in *Verizon Communications Inc., Petitioner v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP.*, 540 U.S. 398 (2004): «*the mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices – at least for a short period – is what attracts "business acumen" in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth. To safeguard the incentive to innovate, the possession of monopoly power will not be found unlawful unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct*».

[46] Cfr., *ex multis*, Corte Giust. 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, cit. § 91; 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin/Commissione*, cit., § 70.

[47] Cfr. D. HILDEBRAND, *The European School in EC Competition Law*, in *World Competition Law & Economics Review*, 2002, 3; ma v. anche E.M. FOX, *op. cit.*

scuola ordo-liberale, sorta a Friburgo negli anni venti del secolo scorso[48]. Nell'ideologia ordo-liberale, il diritto della concorrenza – considerato una componente essenziale della costituzione economica di una società, in quanto argine all'esercizio del potere privato nella sfera economica e, quindi, garanzia di un ordine sociale e politico libero ed equo – dovrebbe mirare alla protezione del processo concorrenziale, inteso come interazione guidata dalla rivalità tra le imprese attive nel mercato interessato[49].

Gli studiosi di Friburgo distinguevano la «*performance competition*» (*Leistungswettbewerb*), basata sul miglioramento delle prestazioni e, come tale, legittima e socialmente desiderabile, dalla «*impediment competition*» (*Behinderungswettbewerb*), intesa a limitare la capacità di competere dei concorrenti mediante pratiche escludenti, quali prezzi predatori, sconti fidelizzanti e forme di boicottaggio. La visione della concorrenza quale processo di rivalità tra le imprese, che esplica i suoi effetti benefici nel lungo periodo, spiega l'enfasi tradizionalmente posta sulla necessità d'arginare gli abusi del potere economico privato, garantendo le possibilità d'accesso ai mercati, la correttezza nei rapporti commerciali, l'autonomia e la libertà d'azione dei concorrenti minori e dei clienti[50]. 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, che tutela il processo competitivo quale risultante dall'esercizio delle libertà economiche individuali[51]: onde

---

[48] Sull'influenza della scuola ordo-liberale sulla definizione e sull'applicazione del diritto europeo della concorrenza, cfr., *ex multis*, A. PERA, *op. cit.*

[49] Sulla scuola ordo-liberale di Friburgo, cfr., in particolare, D. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, cit.; L.F. PACE, *European Antitrust Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007; V. VANBERG, *The Freiburg School, Walter Eucken and Ordoliberalism*, Freiburg Discussion Paper on Constitutional Economics, University of Freiburg, 2004, disponibile sul sito Internet http://www.econstor.eu/handle/10419/4343; E. MESTMACKER, *Competition policy and antitrust: Some comparative observations*, in F.M. SCHERER (a cura di), *Monopoly and competition policy*, Edward Elgar, Aldershot, 1993, vol. I, 357. Una raccolta di scritti di esponenti della scuola ordo-liberale è offerta da A. PEACOCK-H. WILLGERODT (a cura di), *Germany's Social Market Economy*, Macmillan, Londra, 1989.

[50] Nei primi anni di storia della Comunità Economica Europea, siffatta impostazione appariva giustificata, altresì, dall'esigenza di tener conto delle caratteristiche dei mercati degli Stati membri, scarsamente integrati e, sovente, dominati dai campioni nazionali, imprese di notevoli dimensioni variamente controllate dal potere pubblico, che godevano di una posizione d'assoluta preminenza nello scenario domestico: cfr. A. PERA-V. AURICCHIO, *op. cit.*

[51] 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 82EC: 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*

scongiurare il rischio d'esclusione delle imprese minori, le istituzioni europee hanno tacciato di anticoncorrenzialità una serie di condotte potenzialmente lesive della posizione di mercato dei concorrenti, sulla base di percorsi argomentativi che, dietro lo *slogan* della speciale responsabilità degli operatori egemoni, prescindevano dalla puntuale dimostrazione di un impatto attuale o potenziale sul benessere dei consumatori[52], spingendosi in molti casi sino a lambire l'illiceità *per se*.

Oltre a riflettere l'influenza della scuola ordo-liberale di Friburgo e l'eco dei dettami degli studiosi di Harvard, l'enfasi posta sull'esigenza di salvaguardare il processo concorrenziale nell'applicazione del diritto antitrust europeo ha trovato terreno fertile nell'impostazione *multi-purpose* tradizionalmente adottata dalle istituzioni europee. Per lungo tempo, infatti, la Commissione si è avvalsa dell'*enforcement* della disciplina antimonopolistica per svolgere un'intensa attività di 'politica della concorrenza' in senso ampio, bilanciando l'impatto concorrenziale della pratica con ulteriori obiettivi e valori cardine dell'ordinamento europeo, quali l'integrazione dei mercati nazionali, la protezione delle piccole e medie imprese e la correttezza nelle relazioni commerciali[53]. L'interferenza di obiettivi non economici ha indubbiamente

---

82 EC, in *European Competition Journal*, 2008, 221; D. HILDEBRAND, *The European School in EC Competition Law*, in *World Competition*, 2002, 3.

[52] Sotto tale punto di vista, è emblematico il trattamento dei prezzi predatori. Negli Stati Uniti, il test elaborato dalla Corte Suprema in *Brooke Group* postula l'accertamento di un impatto negativo sul benessere dei consumatori, attraverso la dimostrazione di una ragionevole probabilità di recuperare, in futuro, le perdite sofferte nel primo periodo mercé un innalzamento del livello dei prezzi: *Brooke Group Ltd v Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993). Per contro, le corti europee e la Commissione non reputano indispensabile la dimostrazione di un'effettiva possibilità di recupero delle perdite subite nel primo stadio, nel presupposto che «una pratica di prezzi predatori deve potersi sanzionare non appena sussista il rischio di eliminazione dei concorrenti»: cfr., in particolare, Corte Giust. 14 novembre 1996, causa C-333/94, *Tetra Pak/Commissione*, in *Raccolta*, I-5951, § 44. In *Wanadoo*, la Commissione ha analizzato se l'impresa egemone fosse in grado di recuperare le perdite sofferte nel primo stadio, ma ha ribadito che, in presenza di strategie di prezzo predatorie, la possibilità di recupero non costituisce requisito indispensabile per l'accertamento di un'infrazione alle norme antitrust (v. Commissione 16 luglio 2003, caso COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*, disponibile sul sito Internet http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_38233), ricevendo l'avallo dei giudici europei (cfr. Trib. UE 30 gennaio 2007, causa T-340/03, *France Télécom/Commissione*, in *Raccolta*, 2007, II-107, §§ 226-228; Corte Giust. 2 aprile 2009, causa C-202/07 P, *France Télécom/Commissione*, in *Raccolta*, 2009, I-2369, in particolare §§ 110-113).

[53] Ancora nel 1993, l'allora commissario europeo alla concorrenza, Karel Van Miert, sottolineava l'indole *multi-purpose* ed eclettica del diritto antitrust europeo, affermando che «*the aims of European Commission's competition policy are economic, political and social. The policy is concerned not only with promoting efficient production but also achieving the aims of*

contribuito ad ampliare il raggio d'azione della disciplina antimonopolistica, attraendo nel suo campo d'applicazione una serie di condotte potenzialmente lesive della posizione di mercato e della libertà commerciale degli altri operatori.

In tema di intese restrittive, l'influenza della scuola di Friburgo ha assecondato l'emersione di un concetto di restrizione della concorrenza estremamente ampio, coincidente con ogni forma di concertazione che limiti la libertà d'azione delle parti e determini effetti sensibili sulla sfera dei terzi (concorrenti, controparti commerciali o consumatori). A partire dalla fine degli anni novanta, peraltro, le istituzioni europee hanno attuato diverse riforme, che hanno radicalmente modificato l'impianto teorico di riferimento: il concetto di restrizione della concorrenza è stato affrancato dalla nozione di limitazione della libertà d'azione delle parti, per essere legato a una valutazione economica dell'impatto dell'intesa sul mercato, alla luce della natura delle pattuizioni contestate, della posizione dei paciscenti e, in generale, del contesto economico e giuridico di riferimento[54]. Lo spostamento dell'enfasi dalla tutela della libertà d'azione delle imprese all'impatto della pratica sulla concorrenza e sul *consumer welfare* ha avuto eco in alcune pronunzie del Tribunale UE, che hanno individuato nel benessere dei consumatori lo scopo ultimo delle regole antitrust[55].

Lo spirare del vento di Chicago e il riconoscimento della centralità dell'analisi economica non hanno prodotto un'analoga revisione della politica della concorrenza europea nell'applicazione dell'art. 102 TFUE, che ha continuato ad avere un'impronta *sui generis* di vocazione strutturalista, strettamente casistica e priva di una solida base economica[56]. La giurisprudenza

---

the European treaties … To this must be added the need to safeguard a pluralistic democracy, which could not survive a strong concentration of economic power». Cfr. K. VAN MIERT, *A Pragmatic Approach to Europe's Competition Policy*, Frontier-Free Europe Monthly Newsletter, 5 aprile 1993.

[54] Cfr., a titolo esemplificativo, il § 19 delle *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale* (2001/C 3/02), secondo cui, ai fini dell'applicazione dell'art. 101 TFUE, «non è sufficiente che l'accordo limiti la concorrenza tra le parti. Occorre anche che esso sia in grado di pregiudicare la concorrenza sul mercato ad un punto tale che ne derivino presumibilmente effetti negativi sul mercato in termini di prezzi, produzione, innovazione, o della varietà e qualità dei prodotti o servizi offerti».

[55] Cfr., in particolare, Trib. UE 7 giugno 2006, cause riunite T-213/01 e T-214/01, *Österreichische Postsparkasse/Commissione*, in *Raccolta*, 2006, II-1601, § 115; 27 settembre 2006, causa T-168/01, *GlaxoSmithKline Services/Commissione*, in *Raccolta*, 2006, II-2969, §§ 118-121.

[56] Cfr., *ex multis*, 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*, cit.

e la prassi decisionale hanno progressivamente delineato alcuni criteri per la valutazione di specifici comportamenti delle imprese egemoni, ma i principî generali sottesi al controllo delle condotte unilaterali sono rimasti difficilmente decifrabili[57]. La politica della concorrenza in tema d'abuso di posizione dominante si è risolta nell'applicazione di una serie di regole *ad hoc*, talvolta incoerenti tra loro e slegate dagli obiettivi perseguiti dalla disciplina antimonopolistica[58].

3.2. La rimodulazione dei fini del diritto antitrust europeo e il processo di revisione dell'applicazione dell'art. 102 TFUE

Gli interventi riformatori succedutisi dalla fine degli anni novanta del secolo scorso hanno determinato una sostanziale rimodulazione degli obiettivi e dei valori cardine su cui riposa il sistema antitrust europeo: l'impostazione *multi-valued*, orgogliosamente difesa per anni come tratto distintivo di un'esperienza originale, ha ceduto gradualmente il passo al riconoscimento della centralità della tutela della concorrenza, quale strumento di promozione del benessere dei consumatori e di un'efficiente allocazione delle risorse[59].

---

[57] «*The Commission and the Community Courts have dealt with individual cases which were said to raise questions of abuse by reference to the facts of the individual case, seemingly without having any clear analytical or intellectual framework for doing so*»: 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.

[58] La prassi in tema di abusi escludenti è stata definita «oscura, irrazionale e anticompetitiva»: cfr. J. TEMPLE LANG, *L'art. 82 – I problemi e la soluzione*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2009, 437. Sull'assenza di principî e criteri unificanti e sulla mancanza di coerenza nell'applicazione dell'art. 102 TFUE, sia internamente alla prassi in tema d'abuso, sia rispetto alle altre norme a tutela della concorrenza, cfr., tra gli altri, 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.

[59] Le prime avvisaglie di una svolta per certi versi epocale sono venute, all'alba del nuovo secolo, dalle *Linee direttrici sulle restrizioni verticali*, (2000/C 291/01) (cfr., in particolare, § 7). L'enfasi posta sulla tutela della concorrenza, quale fine primario da perseguire mediante un'impostazione di carattere economico, ha avuto eco sia nella disciplina sugli accordi di cooperazione orizzontale introdotta in quegli anni – v., in particolare, il considerando 3 del Regolamento (CE) n. 2658/2000 della Commissione, del 29 novembre 2000, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi di specializzazione, e il considerando 5 del Regolamento (CE) n. 2659/2000 della Commissione, del 29 novembre 2000, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi in materia di ricerca e sviluppo, nonché il § 6 delle *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale* (2001/C 3/02) – sia nel Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, ove si precisa, al considerando 9, che gli articoli 81 e 82 CE (ora 101 e 102 TFUE) perseguono

Persino l'influenza del dogma comunitario dell'integrazione dei mercati nazionali è stata gradualmente ridimensionata, sebbene non sia mai stata rinnegata. In alcuni dei principali strumenti di *soft law* adottati nel corso del processo di modernizzazione del diritto della concorrenza, la Commissione ha continuato a menzionare, quale persistente segno distintivo del sistema europeo, il fine politico dell'integrazione dei mercati degli Stati membri[60], ma ne ha precisato la portata, attribuendogli rilevanza ai sensi della disciplina antimonopolistica soltanto «in quanto la creazione e il mantenimento di un mercato unico aperto promuovono un'allocazione efficiente delle risorse nell'intera Comunità, a vantaggio dei consumatori»[61].

In base a siffatta impostazione, quindi, gli obiettivi ultimi perseguiti dalle norme antitrust sono il benessere dei consumatori e l'efficienza allocativa, rispetto ai quali tanto il processo concorrenziale, quanto l'integrazione dei mercati nazionali assumerebbero rilievo strumentale[62]. Invero, il riferimento cumulativo al benessere dei consumatori e all'efficiente allocazione delle risorse ha rinnovato alcune delle ambiguità e delle incertezze che hanno attraversato il pluriennale dibattito sui fini della disciplina antitrust: posto che alcune pratiche commerciali – *in primis*, la *price discrimination* – possono

---

l'obiettivo di proteggere la concorrenza sul mercato: affermazione che, nonostante la sua genericità, si prestava a essere inquadrata come espressione di una riqualificazione in chiave economica delle finalità del diritto antitrust europeo, volta a limitare l'ampia discrezionalità che aveva tradizionalmente caratterizzato l'applicazione di tali norme e, segnatamente, l'interferenza di considerazioni e scopi di carattere *lato sensu* politico. Le Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 101, par. 3, TFUE e quelle sugli accordi di trasferimento di tecnologie hanno fornito ulteriori indicazioni nel medesimo senso, ribadendo che l'obiettivo del divieto delle intese restrittive è tutelare la concorrenza, quale strumento per incrementare il benessere dei consumatori e assicurare un'efficiente allocazione delle risorse: cfr. *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di trasferimento di tecnologia* (2004/C 101/02), § 5; *Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, del trattato*, (2004/C 101/08), §§ 13 e 33.

[60] Cfr., in particolare, *Linee direttrici sulle restrizioni verticali*, cit., § 7; *Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, del trattato*, cit., § 13.

[61] *Ibid.*

[62] Tale interpretazione è stata confermata dai principali esponenti della Direzione Generale Concorrenza della Commissione in occasione di alcune conferenze tenutesi nel primo decennio del nuovo secolo: cfr., in particolare, l'intervento del commissario Neelie Kroes in occasione del London Competition Day, tenutosi nel settembre del 2005, secondo cui «*competition is not an objective itself, but is an instrument for achieving consumer welfare and efficiency*» (citato da A. PERA, *op. cit.*); sulla stessa linea si è espresso l'ex Direttore Generale Philip Lowe: cfr. P. LOWE, *Consumer Welfare and Efficiency: New Guiding Principle of Competition Policy*, discorso tenuto alla 13th International Conference on Competition and 14th European Competition Day, Monaco, 27 marzo 2007, disponibile sul sito Internet http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2007_02_en.pdf.

accrescere il livello dell'*output* e l'efficienza allocativa, ma determinare al contempo effetti redistributivi ai danni di clienti e utilizzatori finali, si pone la questione se, nei casi di possibile conflitto, gli organi competenti debbano privilegiare il benessere complessivo della collettività o quello dei consumatori. In Europa, peraltro, alcuni indici normativi inducono senz'altro a ritenere che il principale parametro di valutazione debba essere l'impatto della pratica sul benessere dei consumatori, del quale la politica della concorrenza europea non tollera limitazioni, anche in presenza di rilevanti guadagni d'efficienza[63].

Pur tra incongruenze e prevedibili vischiosità, quindi, le riforme del diritto europeo della concorrenza attuate dalla fine degli anni novanta recavano le stimmate di un processo di maturazione del sistema antitrust europeo, a lungo caldeggiato da larga parte della dottrina: nell'impianto post-modernizzazione, il principale obiettivo perseguito dalle norme antitrust dovrebbe essere la tutela della concorrenza, quale strumento per promuovere un'efficiente allocazione delle risorse e, soprattutto, il benessere dei consumatori[64], assurto a principale criterio sulla cui base sceverare la salvaguardia delle dinamiche competitive dalla protezione dei concorrenti, che sarebbe opportuno rimettere, se del caso, ad ambiti disciplinari rispondenti a logiche distinte.

Beninteso, nella prassi applicativa successiva all'avvio del processo di modernizzazione residuavano ambiguità e segni dell'impostazione

---

[63] In particolare, l'art. 101, par. 3, TFUE ammette l'esenzione di un'intesa restrittiva dotata di virtù redimenti soltanto allorché sia riservata agli utilizzatori una congrua parte dell'utile, che deve essere almeno sufficiente a compensare gli svantaggi arrecatigli dall'accordo (v. *Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, del trattato*, cit., § 85); sulla stessa linea, il Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, prevede espressamente la possibilità di autorizzare un'operazione in presenza di miglioramenti d'efficienza tali da controbilanciare gli effetti anticoncorrenziali, a condizione che i consumatori ne traggano beneficio o, quantomeno, non siano penalizzati (v. il considerando 29 del Reg. 139/2004 e i successivi *Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese*, cit., §§ 76-84).

[64] Come riconosciuto, a più riprese, dall'ex commissario europeo alla concorrenza Mario Monti: cfr. M. MONTI, *A reformed competition policy: achievements and challenges for the future*, Center for European Reform, Bruxelles, 28 ottobre 2004, disponibile sul sito Internet http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/04/477&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en; ID., *European Competition Policy for the 21st Century*, in *Fordham International Law Journal*, 2000, 1602. In dottrina, nel senso che, di là dalle differenze tuttora riscontrabili sul piano applicativo, la promozione del benessere dei consumatori rappresenti il principale obiettivo perseguito sia dal riformato diritto europeo della concorrenza, sia dalle norme antitrust statunitensi, cfr., *ex multis*, A. PERA-V. AURICCHIO, *op. cit.*; W.J. KOLASKY, *What is competition? A Comparison of U.S. and European Perspectives*, cit.; ID., *Mario Monti's Legacy: A U.S. Perspective*, cit.

strutturalista, oltre che dell'interferenza di valori e obiettivi meta-concorrenziali[65]. In particolare, nei casi di abuso di posizione dominante sottoposti all'attenzione delle istituzioni europee, il processo concorrenziale ha continuato a essere considerato oggetto di tutela in quanto tale[66]. Tuttavia, il processo di modernizzazione ha indubbiamente gettato i semi per un'evoluzione dell'impianto teorico su cui poggia il sistema antitrust europeo: l'enfasi si è gradualmente trasferita 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 tale prospettiva, l'assetto concorrenziale del mercato è un valore da tutelare non più di per sé e senz'altro, ma nella misura in cui l'alterazione dello stesso si traduca in un pregiudizio per gli interessi dei consumatori: ciò che implica non soltanto una valutazione rigorosa dei presunti effetti anticompetitivi, ma anche l'apertura a giustificazioni fondate su considerazioni d'efficienza, fermo restando che l'ordinamento europeo non potrebbe tollerare l'eliminazione di un grado minimo di concorrenza nel mercato[67].

---

[65] Nel senso che la politica europea della concorrenza continui a essere caratterizzata dalla coesistenza di obiettivi e valori di natura diversa, che dovrebbero essere oggetto di un delicato bilanciamento, cfr. L. PARRET, *Shouldn't We Know What We Are Protecting? Yes We Should! A Plea for a Solid and Comprehensive Debate about the Objectives of EU Competition Law and Policy*, in *European Competition Journal*, 2010, 339.

[66] Cfr., ad esempio, Corte Giust. 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways/Commissione*, in *Raccolta*, 2007, I-2331, §§ 106-107, nonché in *Foro italiano*, 2008, IV, 125, con nota di G. FAELLA, *Sconti fidelizzanti e illecito antitrust*; Trib. UE 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft/Commissione*, in *Raccolta*, 2007, II-3601, § 664, nonché in *Foro italiano*, 2008, IV, 114, con nota di R. PARDOLESI-G. COLANGELO, *Microsoft, i giudici europei e l'antitrust di una volta*, e 30 gennaio 2007, causa T-340/03, *France Télécom/Commissione*, cit., § 266, ove le corti europee hanno ritenuto che la Commissione non fosse tenuta a fornire la specifica prova di un pregiudizio per i consumatori, facendo leva sul consolidato principio secondo cui l'art. 102 TFUE vieta non soltanto le pratiche idonee a causare un danno direttamente ai clienti finali, ma anche quelle che recano loro pregiudizio in via mediata e indiretta, restringendo la concorrenza sul mercato. L'impostazione ordo-liberale sottesa alla prassi in tema d'abuso emerge chiaramente dalle conclusioni rese dall'Avvocato Generale Juliane Kokott in *British Airways*, secondo cui «l'art. 82 CE non è destinato soltanto e prioritariamente a tutelare gli interessi immediati di singoli concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e pertanto la concorrenza in quanto tale (come istituto), che è indebolita comunque dalla semplice presenza dell'impresa in posizione dominante sul mercato» (conclusioni del 23 febbraio 2006, causa C-95/04 P, *British Airways/Commissione*, in *Raccolta*, 2007, I-2336, § 86).

[67] Cfr. l'art. 101, par. 3, TFUE, nonché l'art. 2.1, lett. *b)* del Reg. 139/2004.

In siffatto scenario, la ricostruzione dell'art. 102 TFUE in termini di tutela dell'assetto concorrenziale del mercato, della libertà d'azione delle imprese e della *fairness* nelle relazioni commerciali, sotto l'egida del pensiero ordo-liberale germanico, oltre a essere divenuta ingiustificata e anacronistica, generava una discrasia interna al sistema antimonopolistico. L'adozione di un approccio economico, incentrato sul paradigma della protezione degli interessi dei consumatori, era necessaria per garantire la coerenza complessiva del sistema, allineando l'applicazione dell'art. 102 TFUE agli obiettivi perseguiti dalla disciplina delle intese restrittive della concorrenza[68], nonché dalle norme sul controllo delle operazioni di concentrazione[69]. Le incertezze e le difficoltà che hanno caratterizzato la gestione di alcuni casi di particolare complessità, concernenti mercati *high tech* altamente dinamici e difficilmente inquadrabili entro schemi tradizionali[70], hanno accresciuto l'esigenza di una riflessione ad ampio raggio circa gli obiettivi perseguiti dall'art. 102 TFUE e gli strumenti analitici su cui fondare la sua applicazione.

La necessità di rivisitare l'interpretazione dell'art. 102 TFUE alla luce degli insegnamenti della teoria economica, garantendo la necessaria coerenza applicativa nel sistema d'*enforcement* decentrato post-modernizzazione, ha indotto la Commissione ad avviare un processo di revisione della politica in tema d'abuso di posizione dominante, per superare l'approccio formalistico adottato in passato e delineare criteri di valutazione più sofisticati, coerenti e rigorosi sul piano economico[71]. Nel luglio del 2005, gli economisti dell'Economic Advisory Group on Competition Policy (EAGCP) hanno diffuso una relazione sull'art. 102 TFUE, che sottolineava l'esigenza di razionalizzare la politica europea della concorrenza in tema d'abuso, abbandonando la tradizionale impostazione formalistica e focalizzando l'analisi sugli effetti

[68] Il considerando 9 del Reg. 1/2003 riconosce espressamente che gli articoli 101 e 102 TFUE perseguono il medesimo obiettivo di proteggere la concorrenza sul mercato. L'armonizzazione dei principî su cui si basa l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE era imposta, altresì, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, a tenore della quale le due previsioni non possono esser interpretate in modo contraddittorio o incoerente, in quanto mirano, su piani diversi, al medesimo scopo di mantenere una concorrenza effettiva nel mercato comune: cfr. Corte Giust. 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage Corp. e Continental Can Co./Commissione*, in *Raccolta*, 1973, 215, in particolare § 25.

[69] Cfr. *Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali*, cit. § 8.

[70] Cfr., in particolare, R. PARDOLESI-A. RENDA, *The European Commission's Case Against Microsoft: Kill Bill?*, in *World Competition*, 2004, 513.

[71] Cfr. P. LOWE, *Anti-trust reform in Europe: a year in practice*, Bruxelles, 11 marzo 2005, disponibile sul sito Internet http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2005_003_en.pdf.

concreti delle condotte delle imprese[72]. Con il Discussion Paper sugli abusi escludenti, adottato nel dicembre del 2005, la Commissione ha sottoposto a pubblica consultazione una proposta di quadro generale d'analisi dei principali abusi escludenti, che rifletteva l'arduo tentativo di conciliare i principî consacrati dalla pregressa elaborazione pretoria con l'*effects-based approach* necessario per garantire la coerenza complessiva del sistema[73].

Tuttavia, per alcuni anni, l'auspicata transizione verso un approccio più economico è parsa versare in uno stato d'*impasse*, che tradiva l'estrema difficoltà d'individuare principî e criteri unificanti, idonei a fungere da stella polare per orientarsi nel variegato panorama delle condotte unilaterali escludenti. Le difficoltà erano acuite dal fatto che, mentre alcune pronunzie della Corte di Giustizia e del Tribunale UE hanno assecondato la transizione verso un'impostazione più economica nell'applicazione dell'art. 101 TFUE, sancendo espressamente la necessità d'analizzare le intese alla luce del contesto economico e giuridico rilevante, diversi orientamenti giurisprudenziali in tema d'abuso di posizione dominante – tra cui, segnatamente, quelli relativi al trattamento delle politiche di sconti – non agevolavano un analogo processo evolutivo[74]. Inoltre, il previsto ricorso allo strumento della comunicazione interpretativa, priva di valore normativo e, di regola, ricognitiva della prassi applicativa, limitava la possibilità d'innovare in un settore caratterizzato da orientamenti giurisprudenziali discutibili e, in parte, anacronistici, ma relativamente sedimentati[75]. Infine, durante il processo di revisione, alcune

---

[72] Cfr. J. GUAL-M. HELLWIG-A. PERROT-M. POLO-P. REY-K. SCHMIDT-R. STENBACKA, *op. cit.*, secondo cui «*a consumer welfare standard in the context of an effects based approach provides a suitable criterion*» per distinguere la tutela della concorrenza dalla protezione dei rivali.

[73] Cfr. *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Bruxelles, dicembre 2005, disponibile sul sito Internet http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf. Sul Discussion Paper, cfr., *ex multis*, V. MERTIKOPOULOU, *DG Competition's Discussion Paper on the Application of Article 82 of the EC Treaty to Exclusionary Abuses: The Proposed Economic Reform from a Legal Point of View*, in *European Competition Law Review*, 2007, 241; D. GERADIN-C. AHLBORN-V. DENICOLÒ-A.J. PADILLA, *DG Comp's Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries*, 2006, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=894466; S. BISHOP-P. MARSDEN, *Editorial – The Article 82 Discussion Paper: A Missed Opportunity*, in *European Competition Journal*, 2006, 1; B. ALLAN, *Article 82: A Commentary on DG Competition's Discussion Paper*, in *Competition Policy International*, 2006, 43; H. CARTLIDGE, *The European Commission's Discussion Paper on Article 82*, in *Competition Law Journal*, 2005, 253.

[74] Cfr. C.D. EHLERMANN-J. RATLIFF, *Mario Monti's Legacy for Competition Policy in Article 82*, in *Competition Policy International*, 2005, 79.

[75] L'ultima parola sull'interpretazione del concetto di abuso spetta alla Corte di Giustizia, che può decidere di non avallare un mutamento di rotta eccessivamente marcato nell'applicazione dell'art. 102 TFUE. Nel senso che, per riformare l'*enforcement* dell'art. 102 TFUE, la

pronunzie delle corti europee hanno ribadito la validità degli orientamenti tradizionali e, implicitamente, sminuito l'esigenza di un affinamento degli strumenti d'analisi, gettando ulteriori ombre sul processo di transizione verso un approccio incentrato sugli effetti concreti delle pratiche contestate[76].

Nel dicembre del 2008, la Commissione ha finalmente varato gli Orientamenti sugli abusi escludenti, emanati in versione definitiva nel febbraio del 2009[77]. Non avendo il potere di riscrivere l'art. 102 TFUE o correggere l'interpretazione delle corti europee, la Commissione ha deciso d'assegnare agli Orientamenti la veste formale d'illustrazione delle priorità della sua attività d'*enforcement*[78], nel tentativo di conciliare le istanze di rinnovamento e

---

Commissione avrebbe dovuto far ricorso a un atto normativo, in luogo di cercare di modificare orientamenti giurisprudenziali consolidati attraverso una mera comunicazione, cfr. G. ZOHIOS, *Commission Guidance Paper on the Application of Art. 82: A Step Towards Modernization or a Step Away?*, in *Global Competition Policy*, febbraio 2009.

[76] Cfr., in particolare, Corte Giust. 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways/Commissione*, cit.; Trib. UE 30 gennaio 2007, causa T-340/03, *France Télécom/Commissione*, cit.

[77] Cfr. *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. Per un'analisi critica degli Orientamenti, cfr., *inter alia*, J. TEMPLE LANG, *L'art. 82 – I problemi e la soluzione*, cit.; ID., *Commission's New Guidance on Article 82 is Flawed*, in *Competition Law Insight*, 2009, 83; M. D'OSTUNI, *Gli orientamenti della Commissione sugli abusi escludenti: nati sotto un cattivo segno?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2011, 401; P. MARSDEN-L. LOVDHAL-GORMSEN, *op. cit.*; L. LOVDHAL-GORMSEN, *Why the European Commission's Enforcement Priorities on Article 82 EC Should Be Withdrawn*, in *European Competition Law Review*, 2010, 45; M. KELLERBAUER, *The Commission's New Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC to Dominant Companies' Exclusionary Conduct: A Shift towards a More Economic Approach?*, in *European Competition Law Review*, 2010, 175; N. PETIT, *From Formalism to Effects? The Commission's Communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC*, in *World Competition*, 2009, 485; M. MOTTA, *The European Commission's Guidance Communication on Article 82*, in *European Competition Law Review*, 2009, 593; D. RIDYARD, *The European Commission's Article 82 Guidelines: Some Reflections on the Economic Issues*, in *European Competition Law Review*, 2009, 230; L. FINELL, *The Article 82 Reform: Increasing the Incentives to Comply?*, in *World Competition*, 2009, 283; L. BORLINI, *Methodological Issues of the "More Economic Approach" to Unilateral Exclusionary Conduct. Proposal of Analysis Starting from the Treatment of Retroactive Rebates*, in *European Competition Journal*, 2009, 409; G. ZOHIOS, *op. cit.*; per un primo inquadramento delle diverse tematiche, cfr. G. COLANGELO, *Le misure escludenti come illecito antitrust nel diritto comunitario*, in *Diritto industriale*, 2010, 61; sulle reazioni agli Orientamenti, cfr. P. LOWE, *The European Commission Formulates its Enforcement Priorities as Regards Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, in *Global Competition Policy*, febbraio 2009.

[78] Di conseguenza, gli Orientamenti non definiscono, a rigore, zone di sicurezza, ma solo aree primarie d'intervento: cfr. J. TEMPLE LANG, *L'art. 82 – I problemi e la soluzione*, cit.

l'esigenza di tener conto di insegnamenti giurisprudenziali consolidati, ma il testo ha, di fatto, una vocazione decisamente più ambiziosa, perché mira a razionalizzare i principî sostanziali e i criteri applicativi che dovrebbero reggere la prassi in tema d'abuso, anche tramite l'introduzione di alcuni concetti innovativi rispetto alla pregressa elaborazione giurisprudenziale[79].

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 forma[80]. Nell'impianto degli Orientamenti, quindi, 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[81].

Tuttavia, 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-liberale. Se la Commissione ha reiteratamente dichiarato la centralità del benessere dei consumatori nell'*enforcement* antimonopolistico e ha manifestato una crescente propensione a indagare l'impatto concreto della condotta contestata, alcune recenti sentenze della Corte di Giustizia in tema di intese restrittive hanno segnato una battuta d'arresto nel processo di

---

[79] L'intento della Commissione di dettare criteri sostanziali di valutazione delle condotte unilaterali escludenti è testimoniato, oltre che dalla genesi del documento, dal fatto che le complesse valutazioni previste dagli Orientamenti difficilmente potrebbero essere svolte in fase pre-istruttoria, perché richiedono spesso l'acquisizione e l'analisi di una notevole mole di informazioni, anche in contraddittorio con le imprese interessate: cfr. M. D'OSTUNI, *op. cit.*

[80] *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 19.

[81] Secondo la Commissione, infatti, anche le imprese dominanti «dovrebbero essere libere di competere aggressivamente nella misura in cui questa concorrenza risulti in ultima istanza benefica per i consumatori»: cfr. Memo/08/761 del 3 dicembre 2008, *Antitrust: Guidance on Commission enforcement priorities in applying Article 82 to exclusionary conduct by dominant firms – frequently asked questions*, disponibile sul sito Internet http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/761&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en, § 6; cfr. anche comunicato stampa della Commissione IP/08/1877, *Antitrust: consumer welfare at heart of Commission fight against abuses by dominant undertakings*, disponibile sul sito Internet http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1877&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en.

maturazione del sistema 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»[82]. In alcune pronunzie in materia d'abuso, inoltre, le corti europee hanno ribadito la validità di orientamenti tradizionali di stampo formalistico[83], che la stessa Commissione non ha mai pienamente abbandonato[84]. Nel sistema antitrust europeo, quindi, vi è uno iato tra la retorica istituzionale della Commissione, che ha ripetutamente manifestato, in strumenti di *soft law* e dichiarazioni ufficiali, la sua adesione al paradigma del benessere dei consumatori nel quadro di un approccio economico, e il diritto vivente quale emerge dalla giurisprudenza e dalla prassi decisionale, che reca tuttora i segni di un'impostazione strutturalista di matrice ordo-liberale[85].

Peraltro, nella recente sentenza resa dalla Corte di Giustizia in *Post Danmark*[86], è possibile ravvisare alcuni segnali di apertura nei confronti del tentativo di revisione avviato dalla Commissione. Dopo aver precisato che l'art. 102 TFUE non mira «a garantire che rimangano sul mercato concorrenti meno efficienti dell'impresa che detiene una posizione dominante»[87], la Corte ha richiamato l'attenzione sull'esigenza di analizzare gli effetti della politica di prezzi contestata, onde verificare se essa porti, senza giustificazione obiettiva, all'esclusione attuale o potenziale dei rivali «a danno della concorrenza e

---

[82] 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.

[83] Cfr. Trib. UE 9 novembre 2011, causa T-155/06, *Tomra/Commissione*, in *Raccolta*, 2010, II-04361; Corte di Giustizia 19 aprile 2012, causa C-549/10 P, *Tomra e altri/ Commissione*, non ancora pubblicata.

[84] 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.

[85] Cfr. P. AKMAN, *op. cit.*, secondo cui, sebbene le corti europee non siano insensibili alle istanze di tutela del benessere dei consumatori, queste ultime non rappresentano «*neither the starting point nor the overriding interest in European competition analysis like it is in American antitrust law*»; cfr. anche B.E. BAARSMA, *Rewriting European Competition Law from an Economic Perspective*, in *European Competition Journal*, 2011, 559; P. MARSDEN-L. LOVDHAL-GORMSEN, *op. cit.*; C. AHLBORN-D.S. EVANS, *The* Microsoft *Judgment and its Implications for Competition Policy towards Dominant Firms in Europe*, in *Antitrust Law Journal*, 2009, 887; 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*, cit.

[86] Corte Giust. 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark*, non ancora pubblicata.

[87] *Id.*, § 21.

pertanto degli interessi dei consumatori»[88]. Sebbene il percorso sia ancora lungo, le istanze di modernizzazione dell'*enforcement* antimonopolistico in tema di abusi escludenti sembrano cominciare a filtrare nella giurisprudenza della Corte.

4. Il dibattito circa la definizione di un test di valutazione delle condotte unilaterali escludenti

Se l'orientamento prevalente nella prassi e nella letteratura giuseconomica riconosce che l'intervento dell'antitrust dovrebbe proteggere la concorrenza e non i rivali, elevando il (*total* o) *consumer welfare* a stella polare della disciplina antimonopolistica, la definizione del concetto di condotta unilaterale escludente – e, di riflesso, di criteri di valutazione idonei a distinguere le legittime iniziative commerciali dall'indebita esclusione – continua a rappresentare un autentico *punctum dolens* nell'elaborazione antimonopolistica contemporanea. Su entrambi i versanti dell'Oceano, per distinguere le condotte unilaterali benigne da quelle indebitamente escludenti, le corti hanno evocato il concetto di *competition on the merits*[89], ma le generiche definizioni di quest'ultimo offerte dalla giurisprudenza hanno dimostrato una limitata utilità ai fini della risoluzione dei casi concreti[90], come testimoniato dal fatto che, facendo leva sulla medesima nozione di concorrenza fondata sulle prestazioni, i giudici nordamericani e quelli europei sono giunti, in talune occasioni, a soluzioni antitetiche[91].

---

[88] *Id.*, § 44.

[89] Negli Stati Uniti, la Corte Suprema ha ritenuto incompatibile con l'art. 2 dello Sherman Act l'intenzionale acquisizione o mantenimento di una posizione monopolistica «*as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident*»: v. *United States v. Grinnel Corp.*, 384 U.S. 563, 570-571 (1966). Sulla stessa linea, la Corte di Giustizia ha sancito che le imprese dominanti non possono ostacolare l'ingresso, la permanenza o l'espansione dei concorrenti attraverso il ricorso a «mezzi diversi da quelli su cui s'impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici»: v., *ex multis*, Corte Giust. 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin/Commissione*, cit., § 70.

[90] Sull'esperienza statunitense, cfr. Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, disponibile sul sito Internet http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.pdf, 2008, 33; P.E. AREEDA-H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, Aspen Law & Business, New York, 2002, 651b, 74.

[91] In particolare, nel segno della *competition on the merits*, pratiche quali gli sconti fidelizzanti sono state vietate quasi *per se* in Europa, ma ritenute iniziative pro-competitive e, come tali, presuntivamente lecite sull'altra sponda dell'Atlantico. Cfr., segnatamente, *Virgin Atlantic Airways Ltd. v. British Airways PLC*, 257 F.3d 256 (2d Cir. 2001), ove la Corte d'Appello per il Secondo Circuito ha sancito la liceità di un sistema di commissioni fidelizzanti analogo a quello

Negli anni precedenti l'introduzione degli Orientamenti, nella letteratura giuridica ed economica, la definizione di principî e criteri unificanti sulla cui base distinguere le condotte indebitamente escludenti da quelle costituenti espressione della concorrenza basata sui meriti è stata oggetto di un intenso dibattito[92], ma la dialettica tra istituzioni competenti e cultori del diritto antitrust non ha condotto a soluzioni interpretative comunemente accettate[93]. Alcuni dei principali test emersi nella letteratura e nella prassi antitrust sono tratteggiati, in sintesi, nei paragrafi che seguono.

4.1. Il bilanciamento degli effetti pro e anticompetitivi

Secondo parte della dottrina e della giurisprudenza statunitensi, le autorità competenti dovrebbero procedere, in ciascun caso, a un bilanciamento degli effetti pro e anticompetitivi della pratica contestata. In base a tale standard, devono ritenersi incompatibili con le norme antitrust le condotte mediante le quali l'impresa interessata acquisisce o preserva il proprio potere di mercato, senza creare guadagni d'efficienza tali da compensare gli effetti negativi e, quindi, prevenire un pregiudizio agli interessi dei consumatori[94].

Sebbene il test incentrato sul bilanciamento degli effetti della pratica interessata abbia il pregio di focalizzare l'analisi su quello che è generalmente ritenuto il principale obiettivo della disciplina antimonopolistica, lo stesso appare non adeguato e difficilmente utilizzabile come standard generale di valutazione nell'apprezzamento delle condotte unilaterali escludenti[95].

---

condannato da Commissione 14 luglio 1999, caso IV/D-2/34.780, *Virgin/British Airways*, cit., sull'assunto che «*rewarding customer loyalty promotes competition on the merits*».

[92] Il dibattito è stato etichettato come «*exclusionary conduct 'definition' war*» da A.I. GAVIL, *Exclusionary Distribution Strategies By Dominant Firms: Striking a Better Balance*, in *Antitrust Law Journal*, 2004, 3.

[93] Parte della dottrina dubita della stessa possibilità d'elaborare uno standard di valutazione onnivalente: cfr., a titolo esemplificativo, M.S. POPOFSKY, *Defining Exclusionary Conduct: Section 2, the Rule of Reason, and the Unifying Principle Underlying Antitrust Rules*, in *Antitrust Law Journal*, 2006, 435, per il quale, in un approccio di ragionevolezza, le corti dovrebbero applicare, per ciascun tipo di condotta, un test definito in modo da massimizzare il benessere dei consumatori nel lungo periodo. Nel senso che test diversi dovrebbero applicarsi a differenti tipi di condotte escludenti, cfr. anche M. LAO, *Defining Exclusionary Conduct Under Section 2: The Case for Non-Universal Standards*, in B. HAWK (a cura di), *2006 Fordham Competition Law Institute*, Juris Publishing, Huntington, 2007, 441.

[94] Cfr. S.C. SALOP, *Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard*, in *Antitrust Law Journal*, 2006, 311.

[95] In tal senso, cfr., *inter alia*, Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, cit., 36-38.

La necessità di bilanciare gli effetti pro e anticompetitivi è comunemente accettata nella prassi in tema di intese e di concentrazioni. Tuttavia, mentre le intese restrittive e le concentrazioni comportano, per loro stessa natura, una limitazione dell'autonomia e della libertà d'azione di soggetti precedentemente indipendenti, che può interferire con il fisiologico funzionamento delle dinamiche competitive in presenza di determinate condizioni, rendendo necessario approfondire, in concreto, l'impatto netto sulla concorrenza e sui consumatori, le condotte unilaterali anticompetitive e quelle concorrenziali hanno, in molti casi, la medesima veste formale, con la conseguenza che, prima ancora dell'approfondimento delle conseguenze sul mercato e dell'eventuale bilanciamento tra effetti di segno opposto, si pone il problema di distinguere i comportamenti virtuosi da quelli non meritevoli di tutela.

Oltre a eludere il problema dell'individuazione dei comportamenti non meritevoli di tutela, un test basato sul pieno bilanciamento degli effetti della pratica potrebbe assecondare un approccio regolatorio, ponendo le autorità antitrust e le corti in posizione di correggere l'equilibrio di mercato quando le imprese assumono decisioni ritenute inidonee a massimizzare determinati indici di *performance*.

Inoltre, il test incentrato sul bilanciamento degli effetti è stato criticato per la sua scarsa funzionalità sul piano applicativo e gli elevati costi amministrativi che sarebbero imposti dalla sua concreta attuazione. Anche ipotizzando il sistematico coinvolgimento di specifiche competenze economiche nella risoluzione dei casi antitrust, il gravoso compito di misurare e bilanciare accuratamente i possibili effetti della condotta contestata, operando una comparazione tra la situazione esistente e quella ipotetica che si sarebbe verificata in assenza di tale pratica, porrebbe a dura prova tanto l'abilità degli economisti chiamati a operare siffatto bilanciamento[96], quanto le capacità delle autorità e degli organi giurisdizionali che dovrebbero valutare gli elementi probatori per assumere una decisione[97]. Ancor più gravoso si rivelerebbe

---

[96] Cfr. G.W. WERDEN, *Identifying Exclusionary Conduct Under Section 2: The "No Economic Sense" Test*, in *Antitrust Law Journal*, 2006, 413.

[97] Cfr. E. ELHAUGE, *Defining Better Monopolization Standards*, cit.; A.D. MELAMED, *Exclusive Dealing Agreements and Other Exclusionary Conduct – Are there Unifying Principles?*, in *Antitrust Law Journal*, 2006, 375; M.S. POPOFSKY, *Defining Exclusionary Conduct: Section 2, the Rule of Reason, and the Unifying Principle Underlying Antitrust Rules*, cit., 465; G.W. WERDEN, *Identifying Exclusionary Conduct Under Section 2: The "No Economic Sense" Test*, cit. Negli Stati Uniti, la giurisprudenza si è mostrata riluttante ad avallare standard eccessivamente aperti, complessi ed elaborati, nel presupposto che l'*enforcement* antimonopolistico debba mirare alla minimizzazione dei costi amministrativi e di quelli derivanti da errori del primo e del secondo tipo. In tal senso, cfr., *inter alia*, *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227, 234 (1st Cir. 1983), secondo cui «[r]*ules that seek to embody*

l'onere imposto alle imprese, che dovrebbero avventurarsi in un complesso e incerto bilanciamento *ex ante* ogniqualvolta una determinata condotta sia potenzialmente in grado d'incidere negativamente sulla posizione di mercato dei rivali, con la conseguenza che comportamenti pro-competitivi potrebbero esser scoraggiati dallo stato d'incertezza giuridica e dalla prospettiva di lunghi e gravosi procedimenti amministrativi e giudiziari. Inoltre, posto che gli effetti dinamici sono più difficili da valutare di quelli statici, un approccio basato sul pieno bilanciamento delle possibili conseguenze potrebbe indurre le corti e le autorità competenti a concentrare l'analisi sull'impatto di breve termine della condotta contestata, con il rischio di pregiudicare gli interessi dei consumatori nel lungo periodo[98].

Pertanto, non appare ragionevolmente ipotizzabile sul versante pratico, né corretto sul piano giuridico, sottoporre ogni singola decisione d'impresa, che possa in qualche modo avere ripercussioni sulla posizione dei rivali, a un vaglio di liceità fondato su un pieno bilanciamento tra effetti positivi e negativi sul benessere dei consumatori.

4.2. L'esclusione di concorrenti altrettanto efficienti

Secondo il test proposto da Posner, una condotta deve ritenersi anticoncorrenziale quando è atta a escludere dal mercato un concorrente altrettanto o più efficiente, senza generare prevalenti guadagni d'efficienza[99]. Il test – che ha avuto eco in diverse decisioni delle corti nordamericane[100] – è

---

every economic complexity and qualification may well, through the vagaries of administration, prove counter-productive, undercutting the very economic ends they seek to serve». Il test suggerito dalla sentenza *Microsoft – United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001) – evoca il bilanciamento degli effetti concorrenziali, ma la stessa Corte d'Appello del D.C. Circuit sembra aver evitato di procedere a tale complessa indagine: cfr. M.S. POPOFSKY, *Defining Exclusionary Conduct: Section 2, the Rule of Reason, and the Unifying Principle Underlying Antitrust Rules*, cit.

[98] Cfr. G.W. WERDEN, *Identifying Exclusionary Conduct Under Section 2: The "No Economic Sense" Test*, cit.

[99] Cfr. R.A. POSNER, *Antitrust Law*, University of Chicago Press, Chicago, 2001, 194-195. Nella letteratura europea, in senso conforme, cfr. D. SINCLAIR, *Abuse of Dominance at a Crossroads – Potential Effect, Object and Appreciability Under Article 82 EC*, in *European Competition Law Review*, 2004, 491.

[100] La giurisprudenza nordamericana in tema di *predatory pricing* riflette l'idea secondo cui la riduzione dei propri prezzi è illecita soltanto se ragionevolmente capace d'escludere dal mercato un concorrente altrettanto efficiente, nel presupposto che un'impresa, pur dominante, non dovrebbe essere penalizzata per il fatto di avere costi inferiori a quelli dei rivali e adeguarvi la propria politica commerciale: cfr., *inter alia*, *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.*, 724 F2d 227, 232 (1st Cir. 1983); *MCI Communications Corp. v. AT&T Co.*, 708 F2d 1081, 1111-31 (7th

dotato d'indubbio fascino, in quanto appare espressione del principio secondo cui il diritto antitrust dovrebbe garantire il fisiologico funzionamento del processo concorrenziale, quale strumento di selezione delle imprese efficienti, in luogo di proteggere la posizione di mercato dei concorrenti minori. È pur vero che, in un mercato scarsamente concorrenziale, l'ingresso o la permanenza di imprese meno efficienti potrebbe accrescere il benessere dei consumatori, allorché i guadagni in termini d'efficienza allocativa conseguenti alla riduzione del livello dei prezzi siano superiori alle perdite d'efficienza produttiva derivanti dai costi più elevati sostenuti da alcuni operatori[101]. Sennonché, l'opportunità d'impiegare lo strumentario dell'antitrust per assicurare l'ingresso o la permanenza di imprese meno efficienti resta dubbia, considerati gli effetti collaterali che potrebbero derivare dalla creazione di siffatto schermo protettivo: scelta di *policy* che rischia d'assecondare il mantenimento di un livello dei prezzi artificiosamente elevato, cagionare perdite in termini d'efficienza produttiva e ridurre gli incentivi delle imprese a investire per migliorare le proprie *performance*[102].

Una delle principali difficoltà insite nel test suggerito da Posner risiede nel fatto che, pur non essendo idonea a escludere un ipotetico concorrente altrettanto efficiente, la condotta dell'impresa dominante potrebbe prevenire l'ingresso o l'espansione di rivali potenzialmente in grado di raggiungere i medesimi livelli d'efficienza, sfruttando l'esistenza di un *first-mover advantage*[103]. Ad esempio, in mercati caratterizzati da significative economie di scala, una politica di sconti aggressiva potrebbe escludere rivali la cui curva dei costi non è superiore a quella dell'*incumbent* in alcun punto, impedendogli di raggiungere le dimensioni ottimali. Analogamente, in presenza di economie d'apprendimento, una strategia escludente potrebbe prevenire o ostacolare l'ingresso o l'espansione di imprese che sarebbero capaci di raggiungere adeguati livelli d'efficienza, ove potessero muoversi lungo la *learning curve*.

Per superare tali difficoltà, in uno scritto successivo Posner ha ammesso la possibilità d'intervenire in ipotesi del genere sulla base dell'*as-efficient* test, precisando che, ai fini dell'apprezzamento della portata escludente di una pratica, il grado d'efficienza dovrebbe esser valutato con riferimento alla

---

Cir. 1983); *Borden, Inc. v. FTC*, 674 F2d 498, 515-16 (6th Cir. 1982); *Ortho Diagnostic Systems, Inc. v. Abbott Laboratories, Inc.*, 920 F Supp 455, 466-67 (SD NY 1996).

[101] In tale ottica, anche forme di *above-cost pricing* possono cagionare indesiderabili effetti escludenti: cfr., *inter alia*, G.A. HAY, *A Confused Lawyer's Guide to the Predatory Princing Literature*, in *Journal of Reprints For Antitrust Law and Economics*, 1988, 155. Sul tema dell'*above-cost predation*, v. *infra*, § 8.

[102] Cfr., *ex multis*, J. VICKERS, *op. cit.*

[103] Cfr. A.S. EDLIN, *Stopping Above Cost Predatory Pricing*, in *Yale Law Journal*, 2002, 941.

struttura dei costi delle imprese, senza tener conto delle economie di scala, raggiungibili da qualsiasi operatore in grado di portare la propria produzione a livelli adeguati[104]. Sennonché, una simile estensione, che imporrebbe di distinguere i maggiori costi inerenti alle caratteristiche proprie dell'azienda da quelli ricollegabili esclusivamente alle dimensioni raggiunte, sembra introdurre elementi di complessità e d'incertezza tali da privare il test di parte del suo valore applicativo, sfumando i confini del raggio d'azione dell'antitrust. Inoltre, temperando il rigore dell'agone concorrenziale per garantire le possibilità di crescita e di sviluppo delle imprese minori, l'ordinamento finirebbe per proteggere, al contempo, rivali inefficienti e rischierebbe di scoraggiare l'attuazione di iniziative pro-competitive.

4.3. L'accrescimento dei costi dei rivali

Secondo un'ulteriore impostazione, riconducibile all'elaborazione della letteratura economica post-Chicago, sono anticoncorrenziali le condotte che accrescono i costi dei rivali, escludendoli dal mercato o consentendo all'impresa interessata d'incamerare profitti monopolistici a seguito dell'innalzamento del livello dei prezzi[105]. La *raising rivals' costs theory* ha acquisito piena cittadinanza nella letteratura e nella prassi antitrust[106], ma il valore della teoria sembra risiedere non tanto nella sua attitudine a distinguere i comportamenti pro-competitivi dalle condotte escludenti, quanto nell'aver dimostrato come alcune pratiche, tradizionalmente censurate per il loro potenziale escludente, possano essere anticoncorrenziali senza doversi

---

[104] Cfr. R.A. POSNER, *Vertical Restraints and Antitrust Policy*, in *University of Chicago Law Review*, 2005, 229: «*there is a difference from the standpoint of economic welfare between efficiency based on lower labor or materials costs, superior management, better quality, and other firm-specific attributes, and efficiency based on scale, which is attainable by any firm that is able to increase its output to the efficient scale. Economies of scale are a market rather than a firm attribute*».

[105] Cfr. T. KRATTENMAKER-S.C. SALOP, *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power Over Price*, in *Yale Law Journal*, 1996, 209, per i quali dovrebbero essere proibite solo le condotte che accrescono i costi dei rivali e, per tale via, consentono all'impresa egemone di praticare prezzi sovraconcorrenziali; cfr., altresì, S.C. SALOP-D.T. SCHEFFMAN, *Rasing Rivals' Costs*, in *American Economic Review*, 1993, 267. Per un'analisi dei limiti della teoria basata sull'accrescimento dei costi dei rivali, cfr. M.B. COATE-A.M. KLEIT, *Exclusion, Collusion or Confusion? The Underpinnings of Raising Rivals' Costs*, in *Research in Law and Economics*, 1994, 73.

[106] Cfr., *ex plurimis*, *United States v Microsoft Corp.*, 253 F3d 34, 58-59 (DC Cir. 2001), ove sono stati ritenuti contrari all'art. 2 dello Sherman Act i contratti d'esclusiva stipulati da Microsoft coi distributori, in quanto costringevano i concorrenti all'utilizzo di canali commerciali meno efficienti.

necessariamente tradurre nell'eliminazione di uno o più concorrenti: per l'impresa egemone, la strategia d'equilibrio può ben essere lo sfruttamento dell'incremento degli altrui costi per elevare il livello dei propri prezzi e incamerare profitti monopolistici, lasciando sopravvivere i rivali[107].

Per converso, la *raising rivals' costs theory* non sembra suggerire un test atto a individuare i comportamenti unilaterali che esulano dal paradigma della concorrenza basata sui meriti: da un lato, condotte commerciali tipicamente pro-competitive e benefiche sul piano sociale, come la riduzione dei prezzi e il miglioramento del livello qualitativo dei prodotti, possono determinare un accrescimento dei costi dei rivali, privandoli della possibilità di raggiungere un livello di produzione sufficiente a realizzare economie di scala[108]; dall'altro, alcune pratiche – come l'adozione di prezzi predatori – possono comprimere ingiustificatamente i ricavi dei concorrenti sino a escluderli dal mercato, senza intaccare necessariamente i loro livelli d'efficienza[109].

4.4. Il sacrifice test

Secondo la teoria *sacrifice-based*, una condotta è escludente quando comporta il sacrificio di ricavi o profitti di breve periodo in vista dei maggiori introiti che si prevede d'incamerare in un secondo momento, a seguito della creazione o del rafforzamento del potere di mercato dell'impresa agente[110]. Il concetto di *profit-sacrifice* affonda le sue radici nella letteratura in tema di

---

[107] In tale ottica, la *raising rivals' costs theory* ha trasferito l'enfasi dall'eliminazione dei rivali alla loro marginalizzazione: cfr. H. HOVENKAMP, *Exclusion and the Sherman Act*, in *University of Chicago Law Review*, 2005, 147, nonché ID., *Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique*, in *Columbia Business Law Review*, 2001, 257.

[108] Cfr. R.A. POSNER, *Antitrust Law*, cit., 196.

[109] *Id.*, 197.

[110] Per alcune articolazioni della teoria, leggermente diverse tra loro, cfr. *Brief for Appellees United States and the State Plaintiffs*, p. 48, in *United States v. Microsoft Corp.*, (12 gennaio 2001), disponibile sul sito Internet http://www.usdoj.gov/atr/cases/f7200/7230.htm; *Brief for the United States and Federal Trade Commission as Amici Curiae on Petition For Writ of Certiorari*, p. 10-11, in *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP* (dicembre 2002), disponibile sul sito Internet http://www.usdoj.gov/atr/cases/f200500/200558.htm#2. Cfr., altresì, W. BAUMOL-J. ORDOVER-F. WARREN-BOULTON-R. WILLIG, *Brief of* amici curiae *economics professors to U.S. Supreme Court in* Verizon v Trinko, 2003. Il test non mira a prevenire il sacrificio di profitti attuali da parte di un'impresa dominante, bensì a determinare se la stessa abbia posto in essere una condotta atta a escludere dal mercato concorrenti che, da un punto di vista sociale, sarebbe preferibile restassero attivi: cfr. D.A. CRANE, *Multi-Product Discounting: A Myth of Non-Price Predation*, in *University of Chicago Law Review*, 2005, 27.

prezzi predatori[111]: tramite tale condotta, l'impresa dominante sacrifica profitti attuali per eliminare i rivali o scoraggiarne l'ingresso o l'espansione, in modo da incamerare introiti monopolistici in uno stadio successivo[112].

Il *profit-sacrifice test* ha avuto eco in diverse pronunzie della Corte Suprema degli Stati Uniti e delle corti inferiori, concernenti non soltanto i prezzi predatori[113], ma anche altri comportamenti escludenti[114]. A rigore, peraltro, il test di predatorietà generalmente applicato dalle corti statunitensi non s'iscrive nel solco della *profit-sacrifice theory*, in quanto presuppone l'offerta di prezzi inferiori a un'appropriata misura dei costi, laddove anche forme di *above-cost pricing* possono comportare una perdita di profitti di breve periodo ed essere profittevoli soltanto in quanto si traducano in un aumento del potere di mercato.

La *sacrifice-based theory* presta il fianco a diverse obiezioni di ordine concettuale. In primo luogo, essa sembra più utile quale strumento d'indagine circa la volontarietà dell'azione anticoncorrenziale che come test sostanziale di valutazione delle condotte unilaterali, attesa la sua circolarità: si afferma, in

---

[111] Cfr., in particolare, P.E. AREEDA-D.F. TURNER, *Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act*, in *Harvard Law Review*, 1975, 697, per i quali «*predation in any meaningful sense cannot exist unless there is a temporary sacrifice of net revenues in the expectation of greater future gains*»; cfr. anche R.H. BORK, *op. cit.*, 144; J.A. ORDOVER-R.D. WILLIG, *An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation*, in *Yale Law Journal*, 1981, 8.

[112] L'intuizione su cui si fonda la *sacrifice-based theory* è stata formalizzata nella letteratura economica in termini *game*-teoretici: premesso che, data la sua indipendenza di comportamento, un'impresa egemone è dotata, per definizione, di una strategia dominante che le consentirebbe di massimizzare i profitti nel singolo gioco concorrenziale, una deviazione da detta linea di condotta con conseguenze pregiudizievoli per i rivali implicherebbe il ricorso a mezzi diversi da quelli su cui s'impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, allo scopo di consolidare il proprio potere di mercato e incamerare maggiori introiti in futuro. In tale ottica, sebbene la condotta possa esser del tutto razionale ove s'inquadri la competizione tra le imprese, più correttamente, come una serie di giochi ripetuti, la speciale responsabilità gravante sull'impresa dominante imporrebbe di non alterare l'esito fisiologico del singolo gioco concorrenziale sulla base di considerazioni strategiche che esulano dallo stesso: cfr. P.L. PARCU, *European Dominant Position and American Monopolization: a Unifying Approach from Basic Game Theory*, 2005, disponibile sul sito Internet http://www3.unisi.it/lawandeconomics/simple/021_Parcu.pdf.

[113] Cfr., in particolare, *Matsushita Industrial Co., Ltd. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 588–89 (1986); *Brooke Group*, 509 U.S. 209, 224 (1993).

[114] Cfr. *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 608 (1985), nonché, più di recente, *Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 409 (2004), ove la Corte Suprema, pur non adottando espressamente il test basato sul sacrificio di profitti attuali, ha attribuito particolare rilievo alla «*willingness* [dell'impresa dominante] *to forsake short-term profits to achieve an anticompetitive end*».

sostanza, che una pratica è escludente qualora sia giustificata, da un punto di vista commerciale, esclusivamente dai suoi effetti anticoncorrenziali[115].

Inoltre, assumendo che il parametro di riferimento per accertare l'esistenza di un sacrificio sia la strategia più profittevole per l'impresa dominante in un orizzonte temporale limitato, il test sarebbe superato esclusivamente ove la condotta contestata massimizzi i profitti di breve periodo. Un simile approccio potrebbe avere conseguenze indesiderabili in termini di livello dei prezzi, misura degli investimenti e tasso d'innovazione[116], oltre a cadere nel paradosso per cui il diritto antitrust, per sua natura volto a prevenire gli effetti negativi derivanti dall'esercizio del potere di mercato, imporrebbe alle imprese dominanti l'onere di comportarsi in modo da massimizzare i profitti.

Sebbene i fautori del *profit-sacrifice test* ritengano che esso si traduca in un *trade-off* ottimale tra accuratezza dell'analisi e funzionalità applicativa[117], l'applicazione dello standard in esame potrebbe generare un elevato numero di errori del primo e del secondo tipo. In particolare, il test appare inidoneo a identificare con sufficiente precisione le condotte pregiudizievoli sul piano sociale, poiché concentra l'attenzione sull'elemento soggettivo e sugli effetti della pratica contestata sui profitti delle imprese interessate, in luogo d'indagare direttamente l'impatto della stessa sui consumatori[118]. La rinuncia a profitti di breve periodo in vista di maggiori introiti futuri non sembra una condizione necessaria perché si producano effetti anticoncorrenziali, posto che talune condotte possono pregiudicare concorrenti e consumatori senza imporre alcun sacrificio all'impresa dominante[119].

---

[115] Cfr. J. VICKERS, *op. cit.*

[116] *Id.*

[117] Cfr. A.D. MELAMED, *Exclusionary Conduct Under the Antitrust Laws: Balancing, Sacrifice, and Refusals to Deal*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2005, 1247, per il quale «*the test rests on the judgment that market-wide balancing tests, which in theory could condemn all welfare-reducing conduct, will in practice prove to be an inferior legal standard because of their greater difficulty in administration and their perverse incentive effects*».

[118] Nel senso che il *sacrifice test* confonde l'intento con l'effetto, concentrandosi su un requisito (la rinuncia a profitti attuali) che non è necessario nè sufficiente perché la condotta contestata determini un pregiudizio concorrenziale, cfr., tra gli altri, T.J. BRENNAN, *Saving Section 2: Reframing U.S. Monopolization Law*, in V. GHOSAL-J. STENNEK (a cura di), *The Political Economy of Antitrust*, Emerald Group Publishing Limited, Bingley, 2007, 417.

[119] Invero, alcune pratiche escludenti – come talune forme di sconti leganti, gli accordi d'acquisto esclusivo e il *tying* – possono essere immediatamente profittevoli per l'impresa dominante (cfr. H. HOVENKAMP, *Exclusion and the Sherman Act*, cit.; J. VICKERS, *op. cit.*), mentre altre possono determinare un sacrificio nullo o insignificante (cfr. S.A. CREIGHTON-D.B. HOFFMAN-T. KRATTENMAKER-E.A. NAGATA, *Cheap Exclusion*, in *Antitrust Law Journal*, 2005, 975).

Al contempo, il test potrebbe condurre al divieto di condotte benefiche sul piano sociale, giacché non consente di distinguere adeguatamente le ipotesi di sacrificio anticoncorrenziale dagli investimenti pro-competitivi[120]. Alcune strategie commerciali possono imporre all'impresa dominante oneri recuperabili solo incamerando profitti sovra-concorrenziali in uno stadio successivo, ma essere assolutamente benefiche sul piano sociale: si pensi agli investimenti in ricerca e sviluppo, il cui recupero è legato alla realizzazione di innovazioni capaci di assicurare un vantaggio competitivo rispetto ai rivali e, al limite, escluderli dal mercato[121]. Per non correre il rischio di condannare indiscriminatamente condotte concorrenziali[122], è stata suggerita l'adozione di un *safe harbor* che dovrebbe proteggere comportamenti virtuosi quali investimenti in nuova capacità produttiva e miglioramento del livello qualitativo dei propri prodotti, anche qualora gli stessi possano escludere i rivali o scoraggiare l'ingresso di nuovi operatori[123], ma siffatto approccio finisce per sollevare la questione di quali siano i criteri sulla cui base valutare la meritevolezza dei profitti sovracompetitivi incamerati dall'impresa egemone, col risultato di privare il *profit-sacrifice test* di buona parte della sua utilità sul piano applicativo[124].

Infine, il margine d'errore insito nel test è ulteriormente ampliato dal fatto che un'impresa potrebbe decidere di non perseguire la strategia più profittevole nel breve periodo per diverse ragioni indipendenti da fini

---

[120] Cfr. H. HOVENKAMP, *Antitrust and the Dominant Firm: Where Do We Stand?*, 2007, disponibile sul sito Internet http://www.ftc.gov/os/comments/section2hearings/hovenkamppaper.pdf; E. ELHAUGE, *Defining Better Monopolization Standards*, cit.; M.S. POPOFSKY, *Defining Exclusionary Conduct: Section 2, the Rule of Reason, and the Unifying Principle Underlying Antitrust Rules*, cit.; S.C. SALOP, *Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard*, cit.

[121] Cfr. H. HOVENKAMP, *Exclusion and the Sherman Act*, cit.

[122] Rischio ritenuto particolarmente significativo da D.W. CARLTON, *Does Antitrust Need to Be Modernized?*, in *Journal of Economic Perspectives*, 2007, 155, per il quale «*a blind application of a "profit sacrifice" test could condemn almost any competitive behavior*»; *contra*, v. G.J. WERDEN, *Identifying Single-Firm Exclusionary Conduct: From Vague Concepts to Administrable Rules*, in B.E. HAWK (a cura di), *2006 Fordham Competition Law Institute*, Juris Publishing, Huntington, 2007, 509.

[123] Cfr. C. SHAPIRO, *Exclusionary Conduct, Testimony Before the Antitrust Modernization Commission*, 29 settembre 2005, disponibile sul sito Internet http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Shapiro_Statement.pdf.

[124] Cfr. E. ELHAUGE, *Defining Better Monopolization Standards*, cit.

anticompetitivi, ivi inclusa la semplice mancata consapevolezza o erronea valutazione dell'opzione più remunerativa[125].

4.5. *Il* no-economic sense test

In base al *no-economic sense test*, una condotta deve ritenersi illecita quando è vantaggiosa per l'impresa interessata soltanto in virtù dei suoi effetti anticompetitivi[126]. In tale ottica, occorre confrontare i profitti non riconducibili all'esclusione dei concorrenti che derivano dalla condotta contestata con quelli che sarebbero stati incamerati in caso di adozione di un comportamento diverso compatibile con le regole di concorrenza (*but-for scenario*): se i primi sono più elevati, la condotta avrebbe senso sul piano economico indipendentemente dagli effetti escludenti; in caso contrario, il comportamento controverso non sarebbe giustificato in assenza di ripercussioni anticompetitive e potrebbe quindi essere illecito[127].

Secondo una diversa variante del medesimo test, peraltro, occorre chiedersi esclusivamente se la condotta contestata abbia dato origine a profitti non riconducibili agli effetti escludenti. Nei casi in cui la condotta contestata sarebbe stata profittevole anche in assenza di effetti escludenti, la stessa dovrebbe ritenersi lecita, indipendentemente dalla possibilità d'ipotizzare comportamenti alternativi più vantaggiosi e dall'impatto concorrenziale della pratica[128].

Sebbene sia più coeso del *sacrifice test* sul piano concettuale, il *no-economic sense test* solleva, a sua volta, delicati problemi teorici e applicativi. Analogamente al *sacrifice test*, il *no-economic sense test* potrebbe dare origine a un significativo numero di falsi negativi, perché si concentra sulla razionalità della condotta per l'impresa dominante, prendendo in considerazione solo indirettamente l'impatto sulla concorrenza e sui consumatori[129]. Il rischio di falsi negativi sarebbe particolarmente elevato qualora si aderisse alla seconda variante del *no-economic sense test*, posto che una condotta escludente sarebbe

---

[125] Il test è stato espressamente rigettato dal Department of Justice degli Stati Uniti in considerazione dei suoi limiti: cfr. Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, cit., 42.

[126] *Id.*, cit., 39-43.

[127] Cfr. G.J. WERDEN, *Identifying Single-Firm Exclusionary Conduct: From Vague Concepts to Administrable Rules*, cit.

[128] Cfr. Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act*, cit., 39.

[129] Cfr. J.M. JACOBSON-S.A. SHER, *"No Economic Sense" Makes No Sense for Exclusive Dealing*, in *Antitrust Law Journal*, 2006, 779.

lecita anche qualora i profitti non riconducibili all'esclusione dei rivali fossero trascurabili in relazione al pregiudizio per la concorrenza e i consumatori, in applicazione di una sorta di giustificazione commerciale assoluta e incondizionata.

A ciò si aggiunga che, pur essendo volto a evitare le difficoltà connesse al pieno bilanciamento di effetti pro e anticompetitivi, il *no-economic sense* non è immune da delicati problemi applicativi. Nella prassi, può essere estremamente difficile stabilire se i profitti siano riconducibili all'impatto escludente della condotta o indipendenti dallo stesso, separando gli effetti della preclusione dell'accesso al mercato dai legittimi benefici economici[130]. Inoltre, il *no-economic sense test* si fonda sul raffronto con un ipotetico *but-for scenario* che potrebbe essere difficilmente determinabile[131].

Di conseguenza, più che come test generale di valutazione delle condotte escludenti, il *no-economic sense test* appare utile quale strumento d'indagine volto a verificare l'eventuale esistenza di una legittima spiegazione commerciale, approfondendo analiticamente le motivazioni economiche delle decisioni strategiche delle imprese.

4.6. Le condotte che accrescono il potere di mercato, non producono benefici per i consumatori e sono agevolmente identificabili e condannabili

Nella letteratura nordamericana, è stato sostenuto che dovrebbero ritenersi escludenti le condotte che: (i) sono ragionevolmente capaci di creare, accrescere o consolidare il potere di mercato di un'impresa, limitando la capacità di competere dei concorrenti; (ii) non producono benefici adeguati per i consumatori; e (iii) possono essere agevolmente identificate, inibite e/o sanzionate dagli organi deputati ad applicare le norme a tutela della concorrenza[132]. Il test consentirebbe di superare alcune delle difficoltà insite nell'*as-efficient* test: pur essendo inidonee a escludere un ipotetico concorrente altrettanto efficiente, le condotte unilaterali sarebbero vietate ove possano ostacolare l'ingresso o l'espansione dei rivali, determinando un incremento o la

---

[130] *Id.*

[131] Cfr. B.H. KOBAYASHI, *The Law and Economics of Predatory Pricing*, in K.N. HYLTON (a cura di), *Antitrust Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2010, 116; Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act*, cit., 39-43.

[132] Si esprime in tal senso H. HOVENKAMP, *Exclusion and the Sherman Act*, cit.

conservazione del potere di mercato dell'impresa egemone, a meno che presentino adeguati vantaggi per i consumatori[133].

Di là da casi esemplari di comportamenti chiaramente benefici o anticompetitivi, resterebbe il problema di determinare, in concreto, quando una condotta unilaterale escludente comporti (prevalenti) vantaggi sul piano sociale. Le difficoltà applicative sarebbero per molti versi affini a quelle che affliggono il test basato sul bilanciamento degli effetti pro e anticompetitivi. Rispetto a quest'ultimo, peraltro, il test in esame si differenzia per la condizione *sub* (iii), che ne costituisce probabilmente l'elemento più innovativo: nel presupposto che lo standard di valutazione delle condotte unilaterali dovrebbe essere non solo sufficientemente accurato – sì da contenere il rischio di falsi negativi e, soprattutto, positivi – ma anche funzionale dal punto di vista applicativo, si richiede che, per essere illecita, la pratica possa essere individuata e inibita con ragionevole facilità dagli organi deputati ad applicare le norme antitrust[134]. Si tratta di un filtro volto a limitare il rischio di *over-deterrence* e i problemi applicativi sollevati dal pieno bilanciamento tra effetti benefici e anticompetitivi, confinando l'intervento antitrust ai casi d'illecito più evidenti, in sintonia con l'orientamento, ispirato alla teoria delle decisioni, secondo cui le erronee condanne sono più costose sul piano sociale dei falsi negativi.

4.7. *Il* disproportionality test

Nel rapporto sulle condotte unilaterali escludenti pubblicato nel 2008 (Section 2 Report), il DOJ ha proposto di utilizzare, come standard residuale di valutazione in assenza di criteri specifici applicabili alle singole condotte, il *disproportionality test*, in base al quale una pratica unilaterale sarebbe anticompetitiva quando determina un pregiudizio per la concorrenza

---

[133] Secondo Hovenkamp, in presenza di significative economie di scala, una condotta priva di vantaggi sul piano sociale, che rischi di ostacolare l'ingresso o l'espansione dei possibili rivali, non dovrebbe essere consentita per il solo fatto di non essere atta a escludere un ipotetico concorrente altrettanto efficiente. *Id.*

[134] L'idea che il diritto antitrust debba astenersi dall'interferire con lo spontaneo operare delle forze di mercato ove sia privo di adeguati strumenti di valutazione e intervento è condivisa dalla Corte Suprema degli Stati Uniti: in tale ottica, in *Brooke Group Ltd v Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993), la stessa ha ritenuto che, in caso di politiche commerciali predatorie realizzate mediante prezzi superiori ai costi, sarebbe «*beyond the practical ability of a judicial tribunal to control without courting intolerable risks of chilling legitimate price cutting*»; analogamente, in *Verizon Communications Inc., Petitioner v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP.*, 540 U.S. 398 (2004), in tema di rifiuto di contrattare opposto da imprese egemoni, la Corte – citando P.E. AREEDA, *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, in *Antitrust Law Journal*, 1989, 841 – ha affermato che «*no court should impose a duty to deal that it cannot explain or adequately and reasonably supervise*».

sproporzionato rispetto ai vantaggi per i consumatori e ai benefici economici per l'impresa interessata diversi da quelli derivanti dall'esclusione degli antagonisti[135]. Il *disproportionality test* limita l'intervento antitrust ai casi in cui il pregiudizio per la concorrenza è sostanzialmente superiore agli effetti pro-competitivi della condotta, arginando il rischio di disincentivare iniziative benefiche sul piano sociale e riducendo i problemi applicativi e i costi causati da un pieno bilanciamento di effetti positivi e negativi.

Il *disproportionality test* ha sollevato diffuse perplessità ed è stato criticato in quanto troppo cauto e non compatibile coi principî sanciti dalla giurisprudenza statunitense. Il test elaborato dal DOJ potrebbe rendere estremamente difficile, per attori e autorità di tutela della concorrenza, fornire la prova di una violazione della disciplina antimonopolistica, dando origine a un elevato numero di falsi negativi. Il diverso peso specifico riconosciuto a effetti anticompetitivi e possibili benefici potrebbe avere un significativo impatto negativo sul benessere dei consumatori. Inoltre, il test è difficilmente conciliabile con la regola di ragionevolezza tradizionalmente applicata dalle corti statunitensi, che è incentrata sul bilanciamento di effetti pro e anticompetitivi[136]. Infine, pur essendo volto a evitare le insidie e le incertezze che si annidano nel pieno bilanciamento di effetti di segno opposto, il test potrebbe comunque sollevare significativi dubbi interpretativi, posto che può esservi un rilevante margine di opinabilità nell'apprezzamento del carattere sproporzionato degli effetti anticompetitivi[137].

Nel maggio del 2009, il Section 2 Report è stato formalmente ritirato dal DOJ della nuova amministrazione democratica, che ha preso le distanze da un approccio eccessivamente cauto e conservativo nell'applicazione della disciplina antimonopolistica alle condotte unilaterali escludenti[138].

---

[135] Cfr. Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act*, cit., 45-47.

[136] Cfr. *Statement of Commissioners Harbour, Leibowitz and Rosch on the Issuance of the Section 2 Report by the Department of Justice*, disponibile sul sito Internet http://www.ftc.gov/os/2008/09/080908section2stmt.pdf, secondo cui «[t]*he disproportionality test distorts the rule of reason standard, which simply asks whether the anticompetitive harm 'outweighs' the procompetitive effects*».

[137] Cfr. H. HOVENKAMP, *Signposts of Anticompetitive Exclusion: Restraints on Innovation and Economies of Scale*, in B.E. HAWK (a cura di), *2006 Fordham Competition Law Institute*, Juris Publishing, Huntington, 2007, 409.

[138] Cfr. C. VARNEY, *Vigorous Antitrust Enforcement in This Challenging Era*, 12 maggio 2009, disponibile sul sito Internet http://www.justice.gov/atr/public/speeches/245777.htm.

5. Gli Orientamenti sugli abusi escludenti: la nozione di preclusione anticoncorrenziale e il test del concorrente altrettanto efficiente

Negli Orientamenti, la Commissione ha basato il concetto di condotta escludente, rilevante ai sensi dell'art. 102 TFUE, sulla nozione di preclusione anticoncorrenziale, che si compone di due elementi: l'esclusione di concorrenti attuali o potenziali e il possibile pregiudizio per gli interessi dei consumatori[139]. Gli Orientamenti riconoscono, quindi, che esiste una differenza tra la preclusione anticompetitiva e quella che costituisce il frutto di legittime iniziative concorrenziali, ma la distinzione tra le due ipotesi non è espressa in modo chiaro.

Pur avendo il merito di contribuire al progressivo superamento dell'approccio strutturalista di matrice ordo-liberale, esplicitando che l'abuso non può prescindere dal possibile pregiudizio per i consumatori, la nozione di preclusione anticoncorrenziale non costituisce uno standard affidabile per sceverare le condotte unilaterali escludenti dalle legittime forme di concorrenza basata sui meriti. Tipiche iniziative competitive fondate sulle prestazioni – come una riduzione lineare dei prezzi di carattere non predatorio, l'introduzione di nuovi prodotti o il miglioramento di quelli esistenti – possono escludere o marginalizzare i rivali, con conseguente rafforzamento del potere di mercato dell'impresa dominante e possibile pregiudizio per gli interessi dei consumatori in un periodo successivo. Il rafforzamento del potere di mercato di un'impresa può pregiudicare gli interessi dei consumatori indipendentemente dalle cause e dalle modalità di raggiungimento della posizione monopolistica. Il Section 2 Report ha ammonito che «[f]*irms with ill-gotten monopoly power can inflict on consumers higher prices, reduced output, and poorer quality goods or services*»[140], ma il monopolio non deve essere necessariamente acquisito con mezzi anticompetitivi per esplicare i suoi effetti negativi sul benessere dei consumatori e della collettività, posto che il monopolista tenderà comunque a procedere come razionale massimizzatore del profitto, sfruttando la posizione vantaggiosa in cui è venuto a trovarsi[141].

---

[139] Cfr., a titolo esemplificativo, N. PETIT, *From Formalism to Effects? The Commission's Communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC*, cit. Secondo un'altra possibile lettura, la nozione di preclusione anticoncorrenziale prevista dagli Orientamenti è articolata in tre fattori: (i) esclusione; (ii) anticoncorrenzialità; e (iii) pregiudizio per i consumatori. Accogliendo tale lettura, peraltro, si giunge inevitabilmente alla constatazione che il requisito dell'anticoncorrenzialità non è definito negli Orientamenti. Sulle due possibili interpretazioni della nozione di preclusione anticoncorrenziale, cfr. R. PARDOLESI, *Condotta unilaterale d'impresa: una disciplina in cerca d'identità*, cit.

[140] Cfr. Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, cit., 10.

[141] Cfr. R. PARDOLESI, *Condotta unilaterale d'impresa: una disciplina in cerca d'identità*, cit.

I criteri generali di valutazione della preclusione anticoncorrenziale previsti dagli Orientamenti sono incentrati – oltre che sull'intento, di per sé non determinante ai fini dell'apprezzamento di un'iniziativa concorrenziale – su fattori strutturali, quali la posizione di mercato dell'impresa egemone e degli antagonisti, le barriere all'accesso, il grado di copertura della pratica e gli eventuali effetti di preclusione[142], che rilevano ai fini dell'analisi della dominanza e dell'impatto attuale o potenziale della condotta contestata, ma non consentono d'esprimere un giudizio di valore sulla meritevolezza del comportamento[143].

Il carattere indefinito e sfuggente della nozione di concorrenza basata sui meriti evocata – ma mai compiutamente esplorata – dalla giurisprudenza, unitamente alla volontà d'introdurre un approccio economico per sanare una discrasia interna al sistema antimonopolistico europeo, ha indotto la Commissione a disfarsi di un concetto giuridico ritenuto non sufficientemente chiaro e utile sul versante applicativo, spostando il *focus* direttamente sugli effetti della condotta contestata sulla concorrenza e sui consumatori.

Tuttavia, il giudizio circa la liceità delle condotte unilaterali non può dipendere soltanto dal risultato finale, dall'impatto su concorrenti e consumatori, ma deve necessariamente tener conto delle modalità attraverso cui siffatto esito è raggiunto. Per giurisprudenza consolidata, il raggiungimento di una posizione monopolistica mediante iniziative concorrenziali basate sui meriti non integra una violazione della disciplina antitrust[144]. Gli effetti escludenti, anche se qualificati attraverso il richiamo all'impatto sul *consumer welfare*, non rappresentano un adeguato *discrimen* tra legittime forme di concorrenza e pratiche anticompetitive, posto che le une e le altre mirano, o quantomeno possono condurre, all'esclusione dei rivali, con conseguente creazione o rafforzamento del potere di mercato, che può essere sfruttato ai danni dei consumatori. L'analisi degli effetti è utile per valutare il potenziale anticompetitivo e la gravità dell'eventuale infrazione, ma l'accertamento di un abuso postula che, in precedenza, sia stata risolta la questione della qualificazione del comportamento contestato come iniziativa commerciale virtuosa, in quanto tale meritevole di tutela, o pratica potenzialmente anticoncorrenziale, che può essere illecita in presenza di una concreta idoneità escludente.

---

[142] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 20.

[143] Cfr. J. TEMPLE LANG, *L'art. 82 – I problemi e la soluzione*, cit.

[144] Cfr., nel diritto antitrust statunitense, *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 430 (2d Cir. 1945); *Verizon Communications Inc., Petitioner v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP.*, 540 U.S. 398 (2004); in Europa, v., *ex plurimis*, Corte Giust. 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin/Commissione*, cit., § 70.

In tema di politiche di prezzo, la questione dell'individuazione delle legittime forme di concorrenza basata sulle prestazioni è normalmente risolta attraverso il ricorso al test del concorrente altrettanto efficiente, che rappresenta il criterio di valutazione più affidabile emerso nell'elaborazione antimonopolistica. Tradendo la consapevolezza dei limiti della nozione di preclusione anticoncorrenziale, gli Orientamenti recepiscono espressamente il test del concorrente altrettanto efficiente nell'analisi degli abusi di prezzo. Secondo gli Orientamenti, nei casi di condotte commerciali poste in essere tramite la leva del prezzo, il test del concorrente altrettanto efficiente sarebbe utilizzato per prevenire la preclusione anticoncorrenziale[145], ma in realtà esso mira non tanto a individuare i casi di esclusione dei concorrenti e conseguente pregiudizio per i consumatori, che potrebbero ugualmente derivare dall'eliminazione o dalla marginalizzazione di rivali meno efficienti, quanto a esprimere un giudizio di valore sul *modus operandi* dell'impresa interessata, distinguendo le modalità competitive virtuose da quelle indebitamente escludenti. In materia di abusi di prezzo, quindi, l'analisi della preclusione anticoncorrenziale costituisce soltanto la cornice generale impiegata per la valutazione degli effetti attuali o potenziali della pratica, mentre lo strumento utilizzato per distinguere le legittime forme di concorrenza basata sulle prestazioni dalle condotte potenzialmente anticompetitive è il test del concorrente altrettanto efficiente.

6. L'insufficienza del test del concorrente altrettanto efficiente nei casi di politiche di prezzo complesse: il test basato sulle possibilità di reazione dei concorrenti

Il test del concorrente altrettanto efficiente presenta un'indubbia attrattiva in quanto, oltre a essere coerente con l'idea che la disciplina antimonopolistica debba proteggere la concorrenza e non i rivali, promuove il confronto competitivo basato sull'efficienza e allontana il rischio che l'interferenza dell'ordinamento nell'agone concorrenziale possa disincentivare riduzioni dei prezzi benefiche per i consumatori. L'intervento antitrust non dovrebbe essere inteso a mitigare l'asprezza dell'agone concorrenziale, proteggendo le imprese minori dalla maggior efficienza dell'operatore dominante, bensì a garantire il rispetto delle regole del gioco, al fine ultimo di promuovere gli interessi dei consumatori[146].

---

[145] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 23.

[146] Qualora l'esclusione sia riconducibile alla maggior efficienza e competitività dell'operatore egemone, è elevato il rischio che il divieto della condotta scoraggi l'attuazione di iniziative

Tuttavia, in presenza di politiche di prezzo complesse, quali la maggior parte dei sistemi di sconti ritenuti problematici nella prassi applicativa, il test del concorrente altrettanto efficiente mostra alcuni limiti. Se si prendono in considerazione dimensioni della capacità competitiva di un'impresa diverse dall'efficienza produttiva, i contorni del concetto di concorrente altrettanto efficiente divengono sfumati. Molte politiche di sconti possono sollevare problemi sul piano concorrenziale non in quanto si traducono in prezzi finali inferiori al livello dei costi dell'impresa dominante, ma per il fatto che il particolare funzionamento del sistema consente alla stessa di sfruttare a proprio vantaggio una situazione d'asimmetria con gli altri operatori. Ad esempio, un'impresa dotata di un forte potere di mercato nella vendita di uno o più prodotti potrebbe instaurare un sistema di sconti leganti per indurre i clienti ad acquistare altri beni o servizi, o maggiori volumi dei medesimi prodotti. Ciò pone la questione se un concorrente che è in grado di produrre ai medesimi costi dell'impresa egemone, ma non dispone di una gamma di prodotti altrettanto estesa o, comunque, non è in grado di soddisfare l'intera domanda dei clienti per uno o più beni o servizi, debba essere considerato altrettanto efficiente e, quindi, protetto da una forma di concorrenza di prezzo che lo condanna a essere marginalizzato, oppure si debba tollerare l'esclusione come fisiologica conseguenza della maggior efficienza e competitività dell'operatore dominante. Un concetto di concorrente altrettanto efficiente incentrato esclusivamente sull'efficienza produttiva, di per sé, non fornisce una chiara risposta a tale quesito.

Il nodo cruciale è stabilire quando la protezione dei rivali sia giustificata dall'esigenza di salvaguardare il processo concorrenziale, a tutela ultima degli interessi dei consumatori. La risposta a tale quesito può essere inevitabilmente influenzata dall'impostazione ideologica degli interpreti, che possono avere diverse visioni circa il modello di concorrenza che dovrebbe essere preservato, gli obiettivi del diritto antitrust e l'importanza relativa degli errori del primo e del secondo tipo. Tuttavia, vi è un diffuso consenso su due punti fondamentali: (i) la disciplina antimonopolistica dovrebbe assicurare che il processo concorrenziale spinga le imprese a migliorare le loro prestazioni, introdurre prodotti nuovi o migliori e ridurre i costi; (ii) allo stesso tempo, l'intervento antitrust dovrebbe scongiurare il rischio che imprese egemoni sfruttino le condizioni di mercato esistenti e la posizione di vantaggio di cui dispongono per accrescere o preservare per un periodo indeterminato il loro potere di mercato.

---

benefiche sul piano sociale e riduca gli incentivi delle imprese a migliorare le proprie *performance*.

Larga parte della prassi in tema d'abuso si fonda, almeno implicitamente, sull'idea secondo cui l'esistenza di una forma d'asimmetria tra l'operatore egemone e i rivali può rendere necessario intervenire per proteggere le imprese minori in particolari circostanze. Diverse figure d'abuso tipizzate nella prassi applicativa trovano fondamento nell'esistenza di una forma d'asimmetria tra l'operatore dominante e i rivali, che limita la capacità competitiva di questi ultimi e impedisce agli stessi di rispondere alla strategia dell'impresa egemone. Ad esempio, l'utilizzo in chiave escludente delle pratiche leganti presuppone un elevato potere di mercato nella vendita di uno o più beni o servizi, che può essere sfruttato per ostacolare l'entrata o lo sviluppo di imprese che non dispongono di una gamma di prodotti paragonabile. Il rifiuto di contrarre può essere illecito quando l'operatore egemone dispone di un *input* non replicabile dai rivali ed essenziale per operare in un mercato a valle. Analogamente, la compressione dei margini dei concorrenti e altre forme di discriminazione possono incorrere nella scure dell'antitrust quando un'impresa dominante verticalmente integrata sfrutta l'accesso privilegiato a un fattore di produzione per distorcere la concorrenza in un mercato a valle.

Nella valutazione delle condotte unilaterali escludenti, quindi, assume rilievo centrale l'analisi delle possibilità di reazione dei concorrenti. L'intervento antitrust potrebbe essere giustificato quando un'impresa dominante sfrutti strategicamente una situazione d'asimmetria esistente per deteriorare ulteriormente la fisionomia concorrenziale del mercato. Tuttavia, le imprese dominanti non dovrebbero essere private della possibilità di competere vigorosamente e sfruttare i vantaggi competitivi di cui dispongono. La domanda che occorre porsi non è cosa siano effettivamente in grado di fare i concorrenti presenti sul mercato per rispondere all'iniziativa commerciale dell'impresa egemone, ma cosa potrebbe ragionevolmente chiedersi a un'impresa efficiente. L'esistenza di un'asimmetria tra l'operatore egemone e i concorrenti può giustificare l'intervento antitrust soltanto in circostanze particolari, allorché ostacoli oggettivi e non ragionevolmente superabili impediscano ai rivali di replicare o aggirare, in un arco temporale adeguato, i fattori che pongono l'impresa dominante in condizione di sfruttare strategicamente la sua posizione di vantaggio per escludere gli antagonisti.

Una condotta commerciale dovrebbe essere considerata una legittima forma di concorrenza basata sulle prestazioni quando, nonostante la possibile esistenza di uno o più fattori che pongono l'impresa egemone in una posizione di vantaggio e non possono essere ragionevolmente replicati o aggirati, un ipotetico concorrente che è altrettanto efficiente sotto tutti gli aspetti rimanenti potrebbe reagire al comportamento dell'operatore dominante attraverso una condotta che si tradurrebbe in un beneficio per i consumatori, ad esempio sotto forma di riduzione dei prezzi, introduzione di prodotti nuovi o migliori, o

utilizzo di sistemi distributivi più efficienti[147]. In tal caso, infatti, la condotta contestata innescherebbe un meccanismo virtuoso che condurrebbe a prezzi più bassi, a un incremento delle possibilità di scelta e del livello qualitativo dei prodotti o ad altri miglioramenti dell'offerta, in linea con l'idea della concorrenza come processo dinamico che induce le imprese a innovare e migliorare le proprie prestazioni e seleziona gli operatori più efficienti a beneficio ultimo dei consumatori.

Per converso, una condotta unilaterale avente effetti escludenti potrebbe essere incompatibile con le regole di concorrenza quando: (i) il comportamento contestato è idoneo a escludere o limitare la capacità competitiva di un concorrente altrettanto efficiente; (ii) un'impresa dominante sfrutta strategicamente uno o più fattori che la pongono in una posizione di vantaggio e non possono essere ragionevolmente replicati o aggirati in un arco temporale adeguato, ponendo in essere una condotta idonea a estromettere o limitare la capacità competitiva di un ipotetico concorrente altrettanto efficiente sotto tutti gli aspetti rimanenti; oppure (iii) l'operatore egemone pone in essere una condotta da cui un ipotetico concorrente altrettanto efficiente – tranne che, eventualmente, per l'esistenza di uno o più fattori che non possono essere ragionevolmente replicati o aggirati – sarebbe in grado di difendersi, ma la sua reazione al comportamento escludente non comporterebbe alcun beneficio per i consumatori, traducendosi in uno spreco di risorse.

Nel primo caso, la condotta contestata determina una diretta lesione del fisiologico funzionamento del processo concorrenziale, attraverso l'esclusione o la limitazione della capacità di competere di rivali altrettanto efficienti, con conseguente possibile deterioramento della fisionomia concorrenziale del mercato ai danni dei consumatori, secondo la logica propria dell'*as-efficient test*. Nel secondo caso, l'impresa dominante potrebbe sfruttare una situazione d'asimmetria non ragionevolmente superabile per escludere o limitare la capacità competitiva di rivali altrettanto efficienti sotto tutti gli aspetti rimanenti, soffocando il residuo grado di concorrenza basata sui meriti che potrebbe altrimenti esistere nel mercato. Nel terzo caso, il comportamento contestato non sarebbe qualificabile come attività concorrenziale idonea a innescare un meccanismo virtuoso che potrebbe condurre a un miglioramento delle prestazioni delle imprese a vantaggio dei consumatori, bensì rappresenterebbe un'iniziativa volta esclusivamente a estromettere i rivali o

[147] Sul punto, cfr. la posizione espressa dall'ex commissario europeo Neelie Kroes in un discorso tenuto al Fordham Corporate Law Institute: «*In my view, "competition on the merits" takes place when an* ***efficient*** *competitor that does not have the benefits of a dominant position, is able to compete against the pricing conduct of the dominant company*» (N. KROES, *Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82*, New York, 23 settembre 2005, disponibile sul sito Internet http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-537_en.htm) (grassetto in originale).

incrementare i loro costi, senza alcun effetto benefico sul processo competitivo. Si tratterebbe, in altri termini, di un'ipotesi di *naked exclusion*, che si traduce nella preclusione dell'accesso al mercato senza alcun vantaggio per i consumatori.

Nelle ipotesi testé menzionate, la protezione dei rivali a fronte di un'iniziativa commerciale aggressiva di un'impresa dominante potrebbe essere giustificata dall'esigenza di salvaguardare il processo competitivo a beneficio ultimo dei consumatori, a condizione che sia dimostrato, in aggiunta, un impatto significativo sulla concorrenza e non vi sia una giustificazione oggettiva per il comportamento contestato.

7. La scelta di un'appropriata misura dei costi

L'applicazione di un test di prezzo volto a verificare la possibilità di reazione dei concorrenti postula l'individuazione di un'appropriata misura dei costi. Si tratta di una questione cruciale nell'analisi degli abusi di prezzo, posto che la liceità di una pratica può dipendere, in maniera determinante, dalla misura dei costi scelta in concreto. La scelta di un'appropriata misura dei costi può essere influenzata dalle peculiari caratteristiche della condotta contestata e dell'industria interessata.

7.1. Le diverse misure dei costi e l'arco temporale di riferimento

Gli studi di microeconomia e organizzazione industriale hanno individuato diverse misure dei costi utilizzabili nell'applicazione di un test di prezzo. I principali parametri di costo presi in considerazione nell'analisi degli abusi di prezzo sono illustrati sinteticamente di seguito[148]:

- *costi fissi, variabili e totali*. I costi fissi sono quelli che non mutano al variare della produzione, poiché devono essere sostenuti indipendentemente dall'ammontare dell'*output* (ad esempio, i costi di affitto degli impianti industriali). Tutti gli altri costi sono definiti variabili, perché variano al mutare del livello della produzione (ad esempio, il costo dell'energia necessaria a far funzionare gli impianti). La somma dei costi fissi e di quelli variabili dà origine ai costi totali. Dividendo ciascuna di tali categorie di costi per la produzione complessiva si ottiene, rispettivamente, il costo fisso medio (CFM), il costo variabile medio (CVM) e il costo totale medio (CTM);

[148] Occorre precisare, peraltro, che le diverse nozioni di costo non sono sempre impiegate con significati perfettamente coincidenti nella letteratura e nella prassi applicativa. Inoltre, sul piano pratico, la distinzione tra le diverse categorie può rivelarsi particolarmente complessa e incerta.

- *costi marginali*. Il costo marginale (CM) rappresenta il costo sostenuto per produrre un'unità aggiuntiva. Il CM è dato dall'incremento dei costi variabili, posto che la parte fissa, per definizione, non è influenzata dalle variazioni della produzione;
- *costi incrementali*. Per costo incrementale s'intende il costo aggiuntivo sostenuto per realizzare un determinato incremento dell'*output*. Il concetto di costo incrementale è vicino a quello di CM, dal quale si differenzia perché consente di tener conto di incrementi della produzione superiori a una singola unità. Dividendo il costo incrementale per l'incremento di *output* interessato si ottiene il costo incrementale medio (CIM);
- *costi evitabili e costi incrementali di lungo periodo*. I costi fissi possono essere suddivisi in costi recuperabili e irrecuperabili (anche detti, con un'infelice traduzione del termine inglese *sunk*, costi affondati o sommersi). Secondo l'accezione comune, questi ultimi sono i costi che non possono essere più recuperati, neppure con l'integrale cessazione dell'attività produttiva[149]. Una volta sostenuti, i costi irrecuperabili non influenzano le decisioni dell'impresa circa la prosecuzione dell'attività, giacché la cessazione di quest'ultima comporta soltanto il risparmio dei costi variabili e il recupero dei costi fissi non affondati. La somma dei costi variabili e dei costi fissi recuperabili sostenuti specificamente per fabbricare un determinato prodotto dà origine ai costi evitabili. Dividendo i costi evitabili per l'ammontare della produzione si ottiene il costo evitabile medio (CEM). Pertanto, il CEM può essere più elevato del CVM, poiché include anche una componente di costo fisso recuperabile. Negli Orientamenti, peraltro, la Commissione definisce il CEM come «la media dei costi che avrebbero potuto essere evitati se l'impresa non avesse prodotto una quantità discreta di produzione (extra)»[150], precisando che tale quantitativo coincide con quello «che è presumibilmente l'oggetto del comportamento abusivo»[151]. Se oggetto del comportamento abusivo non è l'intera produzione di un determinato bene o servizio, ma soltanto un quantitativo «extra» riconducibile al disegno escludente, dal

[149] In concreto, l'identificazione dei costi irrecuperabili è tutt'altro che agevole: essi dipendono dalla specificità dei beni interessati (ossia, dalla loro destinazione a uno specifico utilizzo) e, quindi, dalla loro commerciabilità, tenuto conto del corrispettivo ottenibile in caso di rivendita o locazione e dei tempi necessari per il recupero totale o parziale del costo sostenuto.

[150] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 26, nota 18.

[151] *Ibid.*

> computo del CEM sono esclusi, oltre ai costi fissi irrecuperabili, quelli che sarebbero teoricamente recuperabili, ma devono comunque essere sostenuti dall'impresa interessata per produrre la restante porzione dell'*output*. In quest'ottica, la Commissione afferma che, «[n]ella maggior parte dei casi, il CEM e il [CVM] sono gli stessi in quanto spesso possono essere evitati solo i costi variabili»[152]. Negli Orientamenti, la Commissione fa riferimento, altresì, alla nozione di costo incrementale medio di lungo periodo (CIMLP), definito come «la media di tutti i costi (fissi e variabili) che un'impresa sostiene per fabbricare un determinato prodotto»[153]. Il CIMLP si differenzia dal CEM perché prende in considerazione anche i costi non più recuperabili. Il CIMLP coincide col CTM in caso di imprese che fabbricano un unico prodotto. Se le imprese che fabbricano più prodotti beneficiano di economie di gamma, il CIMLP è inferiore al CTM per i singoli prodotti, perché non tiene conto dei costi comuni[154].

Nella stima dei costi assume un rilievo cruciale la definizione dell'arco temporale di riferimento. Nella teoria economica, si distingue il breve periodo dal lungo periodo: il primo consiste nell'arco temporale durante il quale i fattori di produzione non possono essere modificati senza incorrere in costi aggiuntivi; il secondo rappresenta il lasso di tempo nel quale tutti i fattori di produzione possono essere variati[155]. La distinzione è fondamentale perché la classificazione di un determinato costo come fisso o variabile dipende dall'estensione dell'arco temporale di riferimento: i costi fissi sono più elevati nel breve periodo, mentre quelli variabili tendono ad aumentare al crescere del lasso di tempo considerato. In una prospettiva di lungo periodo, tutti i costi possono ritenersi variabili.

---

[152] *Ibid.*

[153] *Ibid.*

[154] I costi comuni sono quelli che le imprese multi-prodotto sostengono per la fabbricazione di due o più beni o servizi. Peraltro, alcuni costi apparentemente comuni, relativi a risorse utilizzate per la produzione di due o più beni o servizi, potrebbero essere ridotti nel caso in cui l'impresa interessata cessasse una determinata attività produttiva. L'incremento dei costi comuni ricollegabile a un determinato bene o servizio può essere considerato un costo incrementale in alcune circostanze: cfr. Commissione 4 luglio 2007, caso COMP/38.784, *Wanadoo España/Telefónica*, disponibile sul sito Internet http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/38784/dec_en.pdf, §§ 320, 431.

[155] A titolo esemplificativo, s'ipotizzi che un'impresa stipuli un contratto d'affitto di un ufficio. Il breve periodo sarebbe quello durante il quale il rapporto di affitto non può essere risolto senza incorrere in costi aggiuntivi (ad esempio, penali, risarcimento del danno, etc.). Il lungo periodo sarebbe, invece, quello successivo alla scadenza del contratto, allorquando l'impresa interessata può scegliere se rinnovare il rapporto contrattuale, acquistare un ufficio o affittarne un altro.

Ai fini dell'applicazione di un test basato sul confronto tra prezzi e costi, è pertanto necessario stabilire la durata del periodo di riferimento. Secondo parte della dottrina, i costi di lungo periodo costituiscono un parametro più affidabile per stabilire se una determinata politica di prezzo è profittevole[156], giacché includono tutti i costi relativi al prodotto interessato che devono essere sostenuti per entrare nel mercato[157]. A tenore dell'orientamento prevalente, peraltro, il periodo di riferimento più appropriato coincide con la (prevedibile) durata della politica di prezzo contestata, ossia col periodo per il quale la pratica è stata effettivamente attuata, o può attendersi che duri, qualora sia ancora in corso[158]. La logica sottesa a tale orientamento è semplice: se i prezzi sono superiori ai costi che possono ritenersi variabili nel periodo di durata della pratica, quest'ultima non può escludere un concorrente altrettanto efficiente. Finché la strategia escludente non duri sufficientemente a lungo da far sì che il costo variabile nel periodo di durata della pratica ecceda il prezzo praticato dall'impresa dominante, un concorrente altrettanto efficiente non avrebbe alcun incentivo ad abbandonare la contesa, giacché la prosecuzione dell'attività non comporterebbe alcuna perdita che potrebbe essere evitata uscendo dal mercato[159].

Tuttavia, il più delle volte, le indagini delle autorità di tutela della concorrenza e le azioni giudiziarie sono avviate mentre la politica commerciale contestata è ancora in corso. In tali ipotesi, in assenza di elementi probatori atti a dimostrare, con sufficiente affidabilità, quali erano i piani dell'operatore egemone, la stima della verosimile durata della pratica rischia di fondarsi su congetture circa le ragionevoli previsioni e le effettive intenzioni dell'impresa interessata, che potrebbero essere inevitabilmente connotate da un elevato grado d'incertezza.

---

[156] Cfr. P.J. JOSKOW-A.K. KLEVORICK, *op. cit.*; P. BOLTON-J.F. BRODLEY-M.H. RIORDAN, *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*, in *Georgetown Law Journal*, 2000, 2239; R.A. POSNER, *Antitrust Law*, cit., 215.

[157] Ad esempio, i costi di lungo periodo includerebbero quelli relativi alle attività di ricerca e sviluppo e di *marketing*, anche qualora questi ultimi siano stati sostenuti prima dell'avvio della politica di prezzo escludente e siano ormai irrecuperabili.

[158] Cfr., a titolo esemplificativo, P.E. AREEDA, *Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases*, Little, Brown, and Company, Boston, 1981, 199; W.J. BAUMOL, *Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test*, in *Journal of Law & Economics*, 1996, 49; P.E. AREEDA-H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, Aspen Law & Business, New York, 2000, § 740d; E. ELHAUGE, *Why Above-Cost Price Cuts To Drive Out Entrants Are Not Predatory – and the Implications for Defining Costs and Market Power*, in *Yale Law Journal*, 2003, 681.

[159] *Id.*

7.2. I problemi sollevati dalla scelta della misura dei costi

La questione della scelta di un'appropriata misura dei costi è stato affrontata soprattutto nella letteratura in tema di prezzi predatori. In un celebre articolo pubblicato nel 1975[160], Areeda e Turner, due autori d'estrazione *harvardiana*, hanno proposto di considerare predatori esclusivamente i prezzi inferiori al CM, in sintonia con la regola di massimizzazione del profitto in un mercato concorrenziale, secondo cui le imprese fissano un prezzo almeno pari a tale misura dei costi. Nell'ipotesi di prezzi inferiori al CM, l'impresa venderebbe parte del proprio *output* in perdita, sacrificando profitti per fini monopolistici, e disperderebbe risorse socialmente utili, giacché il costo di produzione delle unità vendute sottocosto sarebbe superiore al valore riconosciuto alle stesse dai consumatori[161]. Per quanto concerne il problema dell'individuazione dell'arco temporale di riferimento, per garantire l'amministrabilità del test, Areeda e Turner hanno suggerito d'affidarsi a una valutazione di breve periodo, nel presupposto che un giudizio di lungo termine sarebbe necessariamente frutto di congetture difficilmente verificabili.

Da un punto di vista pratico, peraltro, il riferimento al CM sarebbe sostanzialmente ingestibile. Il concetto di CM riveste un fondamentale valore teorico per gli studi economici, ma ha limitato rilievo sul piano applicativo, giacché delinea un parametro di costo che, oltre a non risultare generalmente dalla contabilità delle imprese, è estremamente difficile da misurare in concreto. Tenuto conto della difficoltà pratica di misurare il CM, Areeda e Turner hanno suggerito d'utilizzare come surrogato il CVM, che può evincersi dai dati contabili e, ad avviso degli autori, costituisce la misura più prossima al CM di breve periodo. Un prezzo inferiore al CVM sarebbe irrazionale per un'impresa che massimizza i profitti e, pertanto, potrebbe presumersi predatorio, mentre un prezzo superiore a tale misura dei costi sarebbe sostenibile, almeno nel breve periodo, e potrebbe quindi riflettere legittime spiegazioni commerciali.

Sebbene il test proposto da Areeda e Turner abbia esercitato una notevole influenza sul trattamento dei prezzi predatori in diversi sistemi, anche in virtù della sua chiarezza e facilità di comprensione per una platea di giuristi,

---

[160] Cfr. P.E. AREEDA-D.F. TURNER, *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, cit.

[161] Farebbe eccezione a tale regola il caso in cui, in presenza di una forte domanda, l'impresa dominante fissi un prezzo – non eccessivamente – inferiore al CM, ma comunque uguale o superiore al CTM (cfr. P.E. AREEDA-D.F. TURNER, *Antitrust Law*, Little Brown, Boston, 1978, § 715b2).

lo stesso è stato criticato nella letteratura giuseconomica sotto diversi profili[162]. L'utilizzo del CVM costringe l'interprete a misurarsi col delicato problema della classificazione dei costi fissi e di quelli variabili, che sono sovente difficilmente distinguibili. Inoltre, in mercati caratterizzati da elevati costi fissi e ridotti costi variabili, l'utilizzo del CVM come parametro di riferimento potrebbe non riflettere adeguatamente la realtà economica del settore interessato. Ove i costi variabili siano trascurabili, infatti, l'offerta di prezzi superiori al CVM, ma inidonei a contribuire in misura apprezzabile alla copertura degli elevati costi fissi sostenuti dalle imprese del settore, potrebbe costituire un'efficace deterrente all'ingresso di nuovi operatori e scoraggiare la prosecuzione dell'attività da parte dei concorrenti attuali[163]. Ancora, è stato rilevato che una rigida applicazione del criterio basato sul CVM potrebbe offrire alle imprese egemoni la possibilità d'attuare strategie di deterrenza all'entrata senza incorrere nel rischio di violare la disciplina antimonopolistica, investendo strumentalmente negli *asset* fissi e mantenendo un eccesso di capacità produttiva, in modo da poter colpire eventuali rivali abbassando i prezzi, ma fissandoli comunque a un livello superiore al CVM[164]. Infine, l'adozione di una prospettiva di breve periodo potrebbe impedire di cogliere il fenomeno delle politiche di prezzo nella loro natura di strategie potenzialmente di lungo periodo[165], che potrebbero ostacolare il recupero degli investimenti effettuati per entrare o continuare a operare in un mercato.

Per tener conto della natura strategica delle politiche di prezzo, è stato proposto di guardare oltre il breve termine, facendo riferimento al CTM come surrogato del costo marginale di lungo periodo[166]. Tuttavia, posto che l'offerta di prezzi inferiori al CTM può essere giustificata da ragioni obiettive in diverse situazioni – come, tipicamente, in caso d'eccesso di capacità produttiva del settore –, è stato suggerito d'integrare l'analisi comparata dei prezzi e dei costi con la valutazione dell'intento dell'impresa, elevando il fine monopolistico a elemento costitutivo dell'infrazione.

---

[162] Per una panoramica sul dibattito sollevato dal test di Areeda-Turner, cfr. P. GIUDICI, *op. cit.*, 130-133.

[163] Cfr., *inter alia*, R. O'DONOGHUE-A.J. PADILLA, *op. cit.*, 237-243.

[164] Cfr. F.M. SCHERER, *Predatory Pricing and the Sherman Act: A Comment*, in *Harvard Law Review*, 1976, 869.

[165] Cfr., in particolare, R.A. POSNER, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, cit., 189 ss.; O.E. WILLIAMSON, *Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis*, cit.; ID., *Williamson on Predatory Pricing II*, in *Yale Law Journal*, 1979, 1183.

[166] Cfr. R.A. POSNER, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, cit., 188-191; D.F. GREER, *A Critique of Areeda and Turner's Standard for Predatory Practices*, in *Antitrust Bulletin*, 1979, 233.

Il riferimento al CTM solleva il problema del trattamento degli eventuali costi comuni a diverse linee di prodotti. Nella normalità dei casi, gli operatori economici sostengono costi ricollegabili alla produzione o alla distribuzione di diversi beni o servizi[167]. Il riferimento al CTM costringe l'interprete a cimentarsi nel disagevole compito d'allocare i costi comuni alle diverse linee di prodotti. Alcuni autori si sono fatti carico del problema dell'allocazione dei costi comuni[168], ma la possibilità d'individuare *a priori* un criterio universalmente valido è perlomeno dubbia, considerata la particolare complessità della questione e il margine d'arbitrio inevitabilmente connesso alla ripartizione dei suddetti costi tra i diversi prodotti[169].

Sul piano teorico, inoltre, è stata revocata in dubbio la stessa opportunità di suddividere i costi comuni per allocarli alle diverse linee di prodotti, giacché tale approccio non consente di tener conto dei legittimi vantaggi competitivi derivanti dalla realizzazione di economie di gamma, che si traducono in un abbassamento del livello dei prezzi a beneficio dei consumatori[170].

I limiti teorici del CVM e del CTM, unitamente alla consapevolezza delle difficoltà connesse alla classificazione dei costi fissi e di quelli variabili, nonché all'allocazione dei costi tra le diverse linee di prodotti commercializzati da un'impresa, hanno indotto la dottrina giuseconomica a sviluppare test di prezzo alternativi, basati su misure dei costi di carattere incrementale, quali il CEM e il CIMLP.

Diversi autori hanno suggerito di adottare come parametro di riferimento il CEM[171]. Il ricorso alla nozione di costo evitabile consente di tener conto di tutti i costi variabili e fissi che potrebbero essere evitati cessando una determinata attività produttiva. La *ratio* sottesa all'adozione di tale

---

[167] In molti settori, l'impresa mono-prodotto rappresenta un'eccezione. Cfr. W.J. BAUMOL, *Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test*, cit.

[168] Cfr., nella letteratura in tema di prezzi predatori, M. SIEVERS-B. ALBERY, *Strategic Allocation of Overhead: the Application of Traditional Predation Tests to Multiproduct Firms*, in *Antitrust Law Journal*, 1992, 757; W.E. TAYLOR, *Predation and Multiproduct Firms: An Economic Appraisal of the Sievers-Albery Results*, in *Antitrust Law Journal*, 1992, 785.

[169] Cfr. P.E. AREEDA-H. HOVENKAMP-E. ELHAUGE, *Antitrust Law*, Aspen Law & Business, New York, 2004, ¶ 1758f, 335; W.J. BAUMOL, *Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test*, cit.; W.J. BAUMOL-M.F. KOEHN-D.W. ROBERT, *How Arbitrary is 'Arbitrary'? – or Toward the Deserved Demise of Full Cost Allocation*, in *Public Utilities Fortnightly*, 1987, 16.

[170] Cfr., nella letteratura nazionale, P. GIUDICI, *op. cit.*, 134-136.

[171] Cfr., tra gli altri, W.J. BAUMOL, *Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test*, cit.; P. BOLTON-J.F. BRODLEY-M.H. RIORDAN, *op. cit.* Nello stesso senso, cfr. anche OECD, *Predatory Foreclosure*, DAF/COMP(2005)14, 2005, 23, disponibile sul sito Internet http://www.oecd.org/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/34646189.pdf.

parametro risiede nella considerazione secondo cui, se il prezzo scende al di sotto del CEM, sarebbe preferibile cessare l'attività produttiva piuttosto che proseguirla. Pertanto, un operatore economico razionale non fisserebbe un prezzo inferiore al CEM se non fosse animato da intenti monopolistici. Al contempo, l'impossibilità di coprire i costi evitabili indurrebbe le altre imprese ad abbandonare la contesa, posto che la continuazione dell'attività comporterebbe maggiori perdite. D'altro canto, ogni vendita aggiuntiva a un prezzo almeno pari al CEM è razionale per l'impresa interessata, poiché copre i costi specifici e può contribuire al recupero degli investimenti effettuati.

Il diffuso consenso coagulatosi intorno al parametro del CEM, tanto in ambito accademico quanto nella prassi applicativa, si spiega, altresì, coi significativi vantaggi derivanti dall'utilizzo di tale misura dei costi[172]. Il ricorso al CEM consente d'eludere lo spinoso problema della segregazione dei costi fissi e di quelli variabili. Inoltre, a differenza di un test basato sul CTM, l'utilizzo del CEM come parametro di riferimento impone all'impresa dominante di coprire soltanto i costi specificamente riconducibili al bene o servizio interessato dalla politica commerciale contestata, evitando il problema dell'allocazione dei costi comuni alle diverse linee di prodotti e consentendo all'impresa dominante di sfruttare eventuali economie di gamma. Un livello dei prezzi profittevole e razionale per un'impresa multi-prodotto può non consentire a un operatore mono-prodotto efficiente di coprire i propri costi totali, ma ciò dipende dalle economie di gamma derivanti dalla contemporanea produzione o commercializzazione di due o più beni o servizi, che si traducono in risparmi di costo a beneficio dei consumatori.

Sebbene il CEM costituisca probabilmente il parametro più appropriato e affidabile, anche tale misura dei costi può sollevare delicati problemi applicativi[173]. In primo luogo, l'utilizzo del CEM non consente d'evitare il problema della definizione dell'arco temporale di riferimento: i costi evitabili possono essere ben pochi nel brevissimo periodo, ma tendono a crescere sensibilmente col passare del tempo. Un'inappropriata definizione dell'arco temporale di riferimento potrebbe tradursi nell'erronea imputazione di una responsabilità per violazione della disciplina antimonopolistica o, all'opposto, nella mancata condanna di una pratica indebitamente escludente. La scelta d'aderire incondizionatamente a una logica di breve termine per ragioni di semplicità applicativa, secondo l'approccio propugnato da Areeda e Turner, potrebbe condurre a un elevato numero di falsi negativi, posto che prezzi superiori al CEM di breve periodo potrebbero escludere concorrenti altrettanto efficienti, ove siano offerti per un significativo lasso di tempo. In secondo

[172] Sul punto, cfr. R. O'DONOGHUE-A.J. PADILLA, *op. cit.*, 240-243; P. GIUDICI, *op. cit.*, 134-142.

[173] Cfr. R. O'DONOGHUE-A.J. PADILLA, *op. cit.*, 242-243

luogo, quando un mercato è caratterizzato da elevati costi fissi irrecuperabili e ridotti costi variabili e costi fissi recuperabili, il riferimento al CEM potrebbe non riflettere adeguatamente la realtà economica e le dinamiche competitive dell'industria interessata, posto che i potenziali concorrenti potrebbero decidere di non far ingresso nel mercato interessato, qualora non abbiano una ragionevole probabilità di recuperare tutti gli investimenti sostenuti per commercializzare un determinato prodotto. Infine, il riferimento al parametro del CEM può sollevare delicati problemi applicativi, data la necessità di confrontare i costi effettivi con quelli che sarebbero stati sostenuti in uno scenario fattuale che non si è mai verificato (ossia, la cessazione di una determinata attività produttiva)[174].

Il riferimento al CIMLP, che include tutti i costi variabili e fissi sostenuti per realizzare un determinato prodotto, compresi quelli affondati, consente di porre rimedio ad alcuni dei problemi sollevati dai precedenti test[175]. L'utilizzo di tale misura dei costi è fondato sull'idea che il ricorso al CVM o al CEM non consenta d'apprezzare appieno l'impatto delle politiche di prezzo come strategie potenzialmente di lungo periodo. Le decisioni strategiche delle imprese sono influenzate non soltanto dai costi di breve periodo, ma anche da quelli che devono essere sostenuti nel lungo termine per entrare in un mercato e continuare a operare nello stesso: nei casi in cui la politica di prezzo sia, o possa essere, attuata per un lasso di tempo prolungato, i costi fissi, inclusi quelli affondati, possono costituire un importante fattore da tenere in considerazione.

Inoltre, nei mercati caratterizzati da alti costi fissi affondati e ridotti costi variabili, il CIMLP potrebbe costituire un parametro più aderente alla realtà economica rispetto al CVM e al CEM. Analogamente al CEM, poi, il CIMLP costituisce una misura di carattere incrementale, che consente alle imprese di sfruttare i vantaggi di costo resi possibili da eventuali economie di gamma, a beneficio ultimo dei consumatori, ed evita il problema della classificazione dei costi fissi e di quelli variabili, sollevato dal ricorso al CVM, nonché quello dell'allocazione dei costi comuni alle diverse linee di prodotti, che limita l'utilità pratica del parametro del CTM.

D'altro canto, il fatto che i prezzi non consentano di coprire il CIMLP non implica necessariamente l'attuazione di una strategia escludente. Il CIMLP tiene conto dei costi affondati, i quali, proprio perché non più recuperabili, non dovrebbero influenzare le decisioni degli operatori per il futuro. Per tale

---

[174] Cfr. R. CRASWELL-M.R. FRATRIK, *Predatory Pricing Theory Applied: The Case of Supermarkets v Warehouse Stores*, in *Case Western Reserve Law Review*, 1985/1986, 29.

[175] Pur propendendo per l'uso del CEM, P. BOLTON-J.F. BRODLEY-M.H. RIORDAN, *op. cit.* hanno sostenuto che, in talune circostanze, prezzi superiori a tale misura dei costi dovrebbero essere vietati se inferiori al CIMLP. In senso critico, cfr. K.G. ELZINGA-D.E. MILLS, *Predatory Pricing and Strategic Theory*, in *Georgetown Law Journal*, 2000, 2475.

ragione, i fautori dell'impiego di tale misura dei costi ritengono che un prezzo inferiore al CIMLP debba essere considerato escludente qualora sia accompagnato da elementi ulteriori, quale l'intento d'escludere un concorrente altrettanto o più efficiente[176].

Un ulteriore possibile inconveniente sollevato dall'impiego del CIMLP risiede nel fatto che, prendendo in considerazione anche i costi fissi irrecuperabili, sostenuti specificamente per la produzione di un determinato bene o servizio, tale misura dei costi potrebbe aumentare in misura significativa al ridursi delle unità vendute. Di conseguenza, l'utilizzo del CIMLP potrebbe condurre al paradosso per cui, ove l'ingresso di nuovi operatori o l'attuazione di iniziative commerciali aggressive comporti una riduzione delle vendite dell'impresa egemone, quest'ultima potrebbe essere costretta a rispondere aumentando i propri prezzi per garantire la copertura dei costi. Oltre a costituire un'opzione non praticabile sul piano commerciale, un aumento dei prezzi in risposta alla pressione concorrenziale di altri operatori potrebbe determinare un'ulteriore riduzione delle unità vendute, innescando un circolo vizioso che potrebbe condurre a un incremento dei costi e dei prezzi[177].

Infine, ove i costi comuni a due o più prodotti rappresentino una porzione elevata di quelli complessivi, il riferimento a una misura dei costi incrementale potrebbe porre in una posizione di significativo svantaggio competitivo le imprese mono-prodotto o, comunque, dotate di una gamma meno estesa, soprattutto qualora l'ampliamento dell'offerta dei concorrenti non costituisca un'opzione praticabile[178].

7.3. I test di prezzo utilizzati nella prassi applicativa in tema di prezzi predatori

Secondo l'orientamento tradizionale della giurisprudenza europea in tema di prezzi predatori, elaborato dalla Corte di Giustizia nelle sentenze *AKZO* e *Tetra Pak II*, per valutare la compatibilità di una politica di prezzo con le regole di concorrenza occorre far riferimento a due parametri di costo: i prezzi inferiori al CVM si presumono illeciti, mentre i prezzi inferiori al CTM, ma superiori al CVM, devono ritenersi abusivi allorché s'innestino in un disegno escludente[179]. Col tempo, peraltro, le autorità antitrust hanno manifestato una

---

[176] Cfr. R. O'DONOGHUE-A.J. PADILLA, *op. cit.*, 241-243; R.A. POSNER, *Antitrust Law*, cit., 215.

[177] Cfr. D. RIDYARD, *The European Commission's Article 82 Guidelines: Some Reflections on the Economic Issues*, cit.

[178] Cfr. R. O'DONOGHUE-A.J. PADILLA, *op. cit.*, 243.

[179] Corte Giust. 3 luglio 1991, causa 62/86, *Akzo/Commissione*, in *Raccolta*, I-3359, §§ 71 e 72; 14 novembre 1996, causa C-333/94, *Tetra Pak/Commissione*, cit., § 41. A differenza dei colleghi d'oltreoceano, i giudici europei continuano a ritenere che la possibilità di recuperare le

crescente propensione all'utilizzo di misure dei costi incrementali, le quali, oltre a essere più coerenti con l'evoluzione del pensiero economico, apparivano più adeguate alla valutazione delle politiche di prezzo di imprese attive in diversi ambiti merceologici[180].

Negli Orientamenti, la Commissione ha delineato, in tema di prezzi predatori, un test innovativo, che combina elementi del *sacrifice test* e dell'*as-efficient competitor test*, utilizzando misure dei costi incrementali. A tenore degli Orientamenti, infatti, un intervento *ex* art. 102 TFUE sarebbe appropriato in presenza di due requisiti cumulativi[181]: (i) un'impresa dominante attua un comportamento predatorio sostenendo deliberatamente perdite o rinunciando a profitti di breve termine per rafforzare o preservare il suo potere di mercato («sacrificio»); e (ii) la pratica è idonea a escludere concorrenti altrettanto efficienti, rafforzando o preservando il potere di mercato dell'impresa egemone e, in tal modo, pregiudicando gli interessi dei consumatori («preclusione anticoncorrenziale»). Il sacrificio di profitti attuali si presume in caso di fissazione di prezzi inferiori al CEM, ma la Commissione si riserva di valutare, anche al di sopra di tale parametro dei costi, se il presunto comportamento predatorio abbia determinato, a breve termine, entrate nette più basse di quelle che ci si poteva attendere da un comportamento alternativo economicamente razionale e praticabile. La preclusione anticoncorrenziale è ricondotta, in linea di principio, all'esclusione di rivali altrettanto efficienti mediante l'offerta di prezzi inferiori al CIMLP. Per effetto combinato dell'applicazione delle due soglie, prezzi inferiori al CEM si presumono predatori, mentre prezzi superiori al CEM, ma inferiori al CIMLP, possono essere illeciti ove sia possibile dimostrare un sacrificio di profitti attuali. Peraltro, la Commissione si è riservata la possibilità di far riferimento al CTM ove i costi comuni siano significativi[182].

---

perdite sofferte durante la prima fase della strategia predatoria non costituisca requisito dell'illecito antitrust (cfr., da ultimo, Corte Giust. 2 aprile 2009, causa C-202/07 P, *France Télécom/Commissione*, cit.), nonostante i reiterati rilievi critici mossi dalla prevalente dottrina (cfr., *ex multis*, A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Prezzi predatori e antitrust europeo: spiragli che non si schiudono*, in *Foro italiano*, 2009, IV, 274).

[180] Cfr., in particolare, Commissione 20 marzo 2001, caso COMP/35.141, *Deutsche Post AG*, G.U. L 125/27 (2001).

[181] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., §§ 63 ss.

[182] *Id.*, § 26, nota 2.

8. La protezione dei concorrenti non (ancora) altrettanto efficienti

*8.1. Il problema dell'*above-cost predation*: le soluzioni accolte negli Stati Uniti e nell'UE*

L'utilizzo di un test di prezzo basato sui costi dell'impresa egemone si fonda sulla premessa che la disciplina antimonopolistica non debba preoccuparsi dell'esclusione di operatori meno efficienti, poiché quest'ultima costituisce l'esito fisiologico del processo concorrenziale. Tuttavia, nella letteratura giuseconomica non v'è unanimità di vedute sull'opportunità di rinunciare a intervenire nei casi di *above-cost predation*, non soltanto per le difficoltà concettuali e applicative sollevate dall'analisi dei costi, ma anche per le perplessità circa l'assunto secondo cui soltanto prezzi inferiori a una determinata misura dei costi possano considerarsi anticompetitivi, in virtù della loro idoneità a escludere concorrenti altrettanto efficienti.

La teoria economica ha dimostrato che anche l'esclusione di concorrenti meno efficienti può avere ripercussioni negative sul benessere dei consumatori, qualora la pur tenue pressione competitiva esercitata dai rivali minori sia atta a limitare l'esercizio del potere di mercato dell'operatore egemone, dando origine a guadagni d'efficienza allocativa sufficienti a compensare le perdite d'efficienza produttiva derivanti dalla presenza di imprese inefficienti[183].

Gli effetti negativi dell'*above-cost predation* potrebbero essere particolarmente significativi nei casi in cui, sfruttando le asimmetrie derivanti da fattori quali le economie di scala e di gamma, lo stato d'avanzamento lungo la curva d'apprendimento o la presenza di eventuali *first mover advantage*, l'operatore egemone attui una politica di prezzi aggressivi per prevenire l'ingresso o la crescita di rivali che, in assenza della condotta contestata, sarebbero potenzialmente in grado di raggiungere i medesimi livelli d'efficienza (*not-yet-as-efficient competitor*)[184]. Analogamente, ove lo svolgimento di una determinata attività economica richieda il sostenimento di elevati *sunk cost*, l'operatore *incumbent* potrebbe prevenire l'entrata di nuovi operatori fissando prezzi superiori al livello dei propri costi, ma non

[183] I possibili effetti anticompetitivi dell'*above-cost discounting* sono riconosciuti da tempo: cfr., a titolo esemplificativo, R. SCHMALENSEE, *On the Use of Economic Models in Antitrust: The Realemon Case*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1978-1979, 994. Per un'analisi più recente, cfr. M. ARMSTRONG-J. VICKERS, *Price Discrimination, Competition and Regulation*, in *Journal of Industrial Economics*, 1993, 335.

[184] Cfr., in particolare, A.S. EDLIN, *op. cit.*; cfr. anche L.M.B. CABRAL- M.H. RIORDAN, *The Learning Curve, Predation, Antitrust, and Welfare*, in *Journal of Industrial Economics*, 1997, 155; J. TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, Cambridge, 1992, 367-374.

remunerativi per i nuovi entranti, che devono ancora sostenere gli investimenti necessari per l'avvio dell'attività.

Nonostante i menzionati rischi, l'opportunità di prescindere dall'analisi comparata dei prezzi e dei costi è revocata in dubbio dall'orientamento prevalente nella letteratura giuseconomica, nel presupposto che, ove operatori altrettanto efficienti possano competere, l'abbassamento dei prezzi sia espressione di una legittima forma di concorrenza fondata sulle prestazioni[185]. In caso di prezzi superiori al livello dei costi, il rimedio potrebbe essere peggiore del male: l'intervento antitrust finirebbe per fornire un riparo a rivali inefficienti e scoraggiare l'attuazione di iniziative commerciali aggressive, col rischio di assecondare il mantenimento di un livello dei prezzi artificiosamente elevato, cagionare perdite in termini di efficienza produttiva e ridurre gli incentivi delle imprese a investire e migliorare le proprie *performance*[186], a fronte di un contributo relativamente contenuto alla promozione dell'ingresso di altri operatori[187]. In presenza di mercati dei capitali relativamente funzionanti, un'impresa potenzialmente altrettanto efficiente dovrebbe essere in grado di reperire le risorse necessarie a finanziare, nella fase di *start-up*, un periodo di vendite sottocosto, onde continuare a operare sino al momento in cui le economie di scala, di gamma o d'apprendimento siano raggiunte[188]. Infine, nei mercati recentemente liberalizzati, ove più avvertita è l'esigenza di tutelare le possibilità di crescita dei nuovi entranti, il problema può essere affrontato mediante il ricorso a misure regolamentari *ad hoc*, che avrebbero il pregio di promuovere, ove realmente necessario, condizioni d'ingresso più ospitali, senza creare principî e criteri interpretativi potenzialmente estendibili ad altri settori.

Ne scaturisce un dilemma interpretativo: da un lato, un sistema antitrust maturo dovrebbe garantire non solo la permanenza sul mercato di tutte le imprese efficienti, ma anche la possibilità d'accesso e di sviluppo di altri operatori, potenzialmente in grado di raggiungere adeguati livelli d'efficienza;

---

[185] Cfr., *ex plurimis*, R.A. POSNER, *Antitrust Law*, cit., 214; P.E. AREEDA-D.F. TURNER, *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, cit.; J. TEMPLE LANG, *L'art. 82 – I problemi e la soluzione*, cit.

[186] Per un'articolata analisi delle ragioni che sconsigliano l'intervento dell'antitrust nelle ipotesi di *above cost exclusion*, cfr. A. MAJUMDAR-S. BISHOP-D. RIDYARD-I. WILLIAMS-U. AKGUN, *Selective price cuts and fidelity rebates*, Economic discussion paper, luglio 2005, preparato per l'Office of Fair Trading da RBB Economics, 76 ss., disponibile sul sito Internet http://www.oft.gov.uk/shared_oft/reports/comp_policy/oft804.pdf.

[187] Cfr. E. ELHAUGE, *Why Above-Cost Price Cuts To Drive Out Entrants Are Not Predatory – and the Implications for Defining Costs and Market Power*, cit.

[188] Cfr., *inter alia*, R.A. POSNER, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, cit.; T.A. LAMBERT, *Appropriate Liability Rules for Tying and Bundled Discounting*, in *Ohio State Law Journal*, 2011, 909.

dall'altro, il rischio di scoraggiare l'attuazione di iniziative concorrenziali, come tali benefiche sul piano sociale, e gli effetti collaterali che potrebbero derivare dalla protezione di concorrenti inefficienti depongono contro un eccessivo abbassamento della soglia dell'illiceità antitrust.

La soluzione di siffatto dilemma è stata diversa sui due versanti dell'Atlantico. Se negli Stati Uniti l'analisi delle politiche di prezzo è stata saldamente ancorata all'applicazione di un appropriato *cost-based test*, nell'ordinamento europeo non v'è un'immunità per i prezzi superiori al livello dei costi. La controversa figura degli sconti selettivi consente d'intervenire per sanzionare ribassi di prezzo che non si spingono al di sotto dei costi, ma sono specificamente mirati ai clienti di altri operatori o a quelli più esposti alla concorrenza. Inoltre, nel Discussion Paper e nei successivi Orientamenti, pur aderendo, in linea di principio, all'*as-efficient test*, la Commissione ha chiarito che non v'è una presunzione assoluta di liceità dei prezzi superiori ai costi dell'impresa egemone, riservandosi espressamente la possibilità d'intervenire per proteggere concorrenti meno efficienti da iniziative commerciali aggressive in particolari circostanze[189].

Ad avviso della Commissione, infatti, anche un operatore meno efficiente può esercitare una significativa pressione competitiva, di cui si dovrebbe tener conto nello stabilire se un dato comportamento determini effetti escludenti a detrimento degli interessi dei consumatori. Il contrappeso concorrenziale rappresentato dai concorrenti meno efficienti dovrebbe essere valutato in modo dinamico, tenendo conto del fatto che, in assenza della pratica escludente, i rivali potrebbero beneficiare di vantaggi relativi alla domanda, quali effetti di rete e d'apprendimento, che tenderebbero a migliorarne l'efficienza[190].

Nella più recente giurisprudenza europea è rinvenibile un'analoga ambiguità. In *Deutsche Telekom* e *TeliaSonera*, le corti europee hanno espressamente avallato il criterio del concorrente altrettanto efficiente, non

---

[189] Cfr. *DG Competition discussion paper*, cit., § 67; *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 24.

[190] *Ibid.* Sebbene gli Orientamenti non forniscano chiare indicazioni, sembrerebbe che, ad avviso della Commissione, una deroga al criterio del concorrente altrettanto efficiente possa essere giustificata soprattutto qualora sia possibile dimostrare che: (i) l'impresa dominante ha rinunciato a profitti di breve periodo per rafforzare o preservare la propria posizione di mercato; e (ii) in assenza della condotta contestata, un concorrente meno efficiente potrebbe realizzare economie e migliorare i propri livelli d'efficienza, ponendosi in prospettiva quale credibile antagonista dell'operatore egemone. Per una critica dell'assenza di sufficienti chiarimenti sui casi in cui la Commissione intenderebbe intervenire per proteggere rivali meno efficienti, cfr. L. FINELL, *op. cit.*

soltanto perché coerente con l'idea di concorrenza fondata sui meriti[191], ma anche per ragioni di certezza del diritto, posto che le imprese dominanti possono ricostruire la struttura dei loro costi, ma di norma non conoscono quella dei rivali[192]. In *TeliaSonera*, peraltro, la Corte di Giustizia, pur ribadendo che, in linea di principio, il criterio del concorrente altrettanto efficiente costituisce il più affidabile test di valutazione degli abusi di prezzo, non ha escluso che i costi dei rivali possano essere rilevanti in casi particolari[193]. Il riferimento ai costi dei concorrenti potrebbe essere appropriato non soltanto per ragioni essenzialmente pratiche – ossia, quando i costi dell'operatore dominante non siano identificabili con precisione per cause obiettive –, ma anche in virtù delle specifiche condizioni di concorrenza del mercato, in particolare nei casi in cui il livello dei costi dell'impresa egemone dipenda proprio dalla situazione di vantaggio concorrenziale derivante dalla posizione di dominanza[194]. Inoltre, ad avviso della Corte, nei casi di abuso per compressione dei margini, il riferimento ai costi dei rivali potrebbe essere giustificato quando la prestazione fornita ai concorrenti consista nella semplice gestione di un'infrastruttura il cui costo di produzione sia già stato ammortizzato, sicché l'accesso a siffatto *asset* non rappresenta più un costo per l'impresa dominante economicamente paragonabile a quello che i suoi concorrenti devono sostenere per accedervi[195]. Tale ipotesi potrebbe essere generalizzata per includervi altri casi in cui, al di fuori di uno scenario d'abuso per compressione dei margini, i concorrenti debbano affrontare costi che l'impresa dominante non deve più sostenere.

Pur riconoscendo la validità del criterio del concorrente altrettanto efficiente, quindi, la sentenza *TeliaSonera* ha aperto una significativa breccia nell'approccio generalmente seguito nell'analisi degli abusi di prezzo, chiarendo che, in alcuni casi, alle imprese dominanti potrebbe non essere consentito sfruttare i vantaggi di costo di cui godono in virtù della loro posizione consolidata sul mercato.

---

[191] Corte Giust. 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, non ancora pubblicata, in particolare § 43.

[192] *Id.*, § 44; cfr. anche Corte Giust. 14 ottobre 2010, causa C-280/08 P, *Deutsche Telekom/Commissione*, in *Raccolta*, 2010, I-9555, § 202; Trib. UE 10 aprile 2008, causa T-271/03, *Deutsche Telekom/Commissione*, in *Raccolta*, 2008, II-477, § 192.

[193] Corte Giust. 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, cit., § 45.

[194] *Ibid.*

[195] *Ibid.*

8.2. Le ragioni della divergenza

Il marcato contrasto che permane tra l'orientamento delle corti statunitensi e quello delle istituzioni europee in tema di *above-cost predation* discende da diversi fattori[196], tra i quali, *in primis*, le differenti sensibilità degli interpreti sui due versanti dell'Atlantico. Le agenzie e le corti nordamericane, tradizionalmente attente ai costi dei falsi positivi, temono che una regola antitrust dai tratti sfuggenti e mutevoli, quale il divieto dell'*above-cost predation*, possa disincentivare legittime forme di concorrenza sui prezzi. Per converso, le istituzioni europee, relativamente più sensibili agli effetti pregiudizievoli dei falsi negativi, pur riconoscendo l'esigenza di preservare un grado accettabile di certezza del diritto, ritengono che un'adesione incondizionata al parametro del concorrente altrettanto efficiente possa porre talune imprese dominanti in condizione di sfruttare strategicamente le asimmetrie riconducibili a posizioni costruite e consolidate nel corso di decenni, sfruttando diritti speciali o esclusivi o la disponibilità di risorse statali.

Negli Stati Uniti, inoltre, si riconosce da tempo che l'obiettivo fondamentale della disciplina antimonopolistica è la promozione dell'efficienza economica e del benessere dei consumatori. In Europa, superata l'originaria vocazione *multi-purpose* del diritto comunitario della concorrenza, l'enfasi si è ormai spostata decisamente sugli obiettivi economici, ma sull'applicazione delle norme antitrust hanno tradizionalmente influito valori ulteriori, quali la correttezza nelle relazioni commerciali e la tutela delle piccole e medie imprese, che continuano a esercitare una certa influenza sulla prassi applicativa.

Le differenti soluzioni applicative discendono altresì da diverse concezioni dei rapporti tra concorrenza e regolamentazione. Negli Stati Uniti, il diritto antitrust e la regolamentazione economica sono considerati settori distinti e autonomi, con la conseguenza che, in linea col principio di specialità, il primo è destinato a cedere di fronte all'ampliarsi del raggio d'azione della seconda[197]. In Europa, i due ambiti disciplinari sono tradizionalmente percepiti come strumenti d'intervento complementari e strettamente legati. In diversi casi, le autorità competenti hanno applicato le norme antitrust in funzione integrativa o persino correttiva della regolamentazione di settore, per supportare i processi di liberalizzazione in corso e assicurare il raggiungimento degli

[196] Cfr. G. FAELLA, Above-cost predation*: spunti di analisi economica e comparata*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2010, 243

[197] Cfr. *Verizon Communications Inc., Petitioner v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP.*, 540 U.S. 398, 411-412 (2004); *Credit Suisse Securities LLP v. Billing*, 127 S. Ct. 2383, 2397 (2007).

obiettivi pro-competitivi perseguiti da altri ambiti disciplinari[198]. Tra i due ambiti disciplinari si è instaurato, nel tempo, un rapporto per certi versi osmotico: la regolamentazione settoriale – e, in particolare, quella del settore delle comunicazioni elettroniche – è intrisa di criteri e principî di matrice antitrust, mentre le autorità di tutela della concorrenza hanno sovente assunto funzioni *lato sensu* regolatorie, forzando l'interpretazione della disciplina antimonopolistica.

Infine, la divergenza tra i due sistemi riflette le differenze tra gli assetti istituzionali che presiedono all'applicazione della disciplina antimonopolistica[199]. Negli Stati Uniti, il sistema d'*enforcement* è incentrato sulle azioni promosse dai privati di fronte all'autorità giudiziaria a tutela di situazioni giuridiche soggettive, mentre nel vecchio continente la prassi applicativa è caratterizzata dal ruolo ancora centrale svolto dalle autorità amministrative a protezione di interessi generali[200]. Negli Stati Uniti, quindi, si vuole evitare che una moltitudine di organi giudiziari, muniti del potere di disporre il risarcimento di danni multipli, possa sindacare di volta in volta le politiche di prezzo delle imprese di maggiori dimensioni alla stregua di criteri di valutazione incerti e connotati da un elevatissimo grado di discrezionalità. In Europa, per contro, permane l'idea che un'autorità dotata di competenze tecniche specialistiche e votata al perseguimento dell'interesse della collettività possa attuare, ove appropriato, interventi mirati di natura sostanzialmente regolamentare per correggere possibili fallimenti del mercato e promuovere attivamente condizioni più concorrenziali.

8.3. I limiti dell'intervento antitrust in caso di prezzi superiori al livello dei costi

L'impostazione europea non è destituita di fondamento sul piano teorico. Nei casi in cui l'operatore egemone benefici di vantaggi di costo non replicabili o sia in grado di prevenire la crescita di rivali potenzialmente in

---

[198] Cfr., in particolare, Commissione 21 maggio 2003, casi COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, *Deutsche Telekom AG*, G.U. L 263/09 (2003); 4 luglio 2007, caso COMP/38.784, *Wanadoo España/Telefónica*, cit.

[199] In linea generale, sull'incidenza di assetti istituzionali e regole procedurali sull'utilizzo di concetti e strumenti di analisi economica nella prassi antitrust, cfr. D.J. GERBER, *Convergence in the Treatment of Dominant Firm Conduct: The United States, the European Union, and the Institutional Embeddedness of Economics*, in *Antitrust Law Journal*, 2010, 951.

[200] Negli Stati Uniti, alcuni istituti caratteristici del sistema nordamericano, quali la *class action*, i *treble damages*, gli obblighi di *disclosure* e le *contingency fees*, hanno agevolato lo sviluppo delle azioni risarcitorie private, laddove nei paesi europei alcuni di tali istituti non hanno corrispondenti, o vi sono norme affini, ma notevolmente meno penetranti ed efficaci.

grado di raggiungere adeguati livelli d'efficienza, la deroga al criterio del concorrente altrettanto efficiente potrebbe avere effetti positivi sul benessere dei consumatori, nella misura in cui i guadagni d'efficienza allocativa conseguenti alla limitazione del potere di mercato dell'impresa dominante superino le perdite d'efficienza produttiva derivanti dalla (temporanea) presenza di rivali inefficienti. In casi particolari, alcuni vantaggi di costo delle imprese dominanti potrebbero riflettere asimmetrie difficilmente superabili, derivanti da fattori strutturali, vincoli normativi e posizioni di mercato consolidate.

Tuttavia, il ricorso alla controversa figura dell'*above-cost predation* desta diffuse perplessità, non soltanto per i possibili effetti perversi che possono essere generati dal divieto di prezzi superiori ai costi, ma anche perché darebbe origine a notevoli difficoltà applicative, elevati costi amministrativi e una sostanziale imprevedibilità dell'applicazione della disciplina antimonopolistica per le imprese di maggiori dimensioni[201].

Una delle principali difficoltà connesse alla deroga al criterio del concorrente altrettanto efficiente è la definizione di un *benchmark* alternativo, sulla cui base individuare la soglia oltre la quale un'impresa egemone non può spingersi nell'attuazione di iniziative commerciali aggressive[202]. In linea teorica, si potrebbe far riferimento ai costi di un ipotetico concorrente *ragionevolmente* efficiente[203], oppure a quelli di un antagonista attuale[204].

---

[201] In senso critico nei confronti di un test volto a proteggere un concorrente "non ancora altrettanto efficiente", prospettato dalla Commissione negli Orientamenti, cfr., *inter alia*, J. TEMPLE LANG, *L'art. 82 – I problemi e la soluzione*, cit., per il quale siffatto test sarebbe impraticabile, non auspicabile e contrario ai principî consolidati del diritto della concorrenza. Ad avviso di Temple Lang, la protezione dei rivali non ancora altrettanto efficienti dovrebbe essere limitata ai casi di abusi da rappresaglia, consistenti in condotte volte a riportare a più miti consigli un rivale incline a iniziative commerciali aggressive (cfr. ID., *Reprisals and Overreaction by Dominant Companies as an Anti-competitive Abuse under Article 82(b)*, in *European Competition Law Review*, 2008, 11). Sull'incertezza generata da un test basato sui costi di concorrenti meno efficienti, cfr. anche, *inter alia*, L. FINELL, *op. cit.*; D. GERADIN, *A Proposed Test for Separating Pro-Competitive Conditional Rebates from Anti-Competitive Ones*, cit.

[202] Cfr. D. RIDYARD, *The European Commission's Article 82 Guidelines: Some Reflections on the Economic Issues*, cit., nonché J. TEMPLE LANG, *L'art. 82 – I problemi e la soluzione*, cit.

[203] Il dibattito sull'utilizzo del parametro del concorrente ragionevolmente efficiente si è sviluppato soprattutto nel quadro dell'analisi degli abusi per compressione dei margini: cfr. G. FAELLA-R. PARDOLESI, *Squeezing Price Squeeze under EC Antitrust Law*, in *European Competition Journal*, 2010, 255.

[204] In tal senso, cfr. N. ECONOMIDES, *Loyalty/requirement rebates and the Antitrust Modernization Commission: What is the appropriate liability standard?*, in *Antitrust Bulletin*, 2009, 259.

Tuttavia, entrambe le soluzioni sarebbero problematiche. Stimare i costi di un ipotetico rivale ragionevolmente efficiente potrebbe rivelarsi operazione estremamente complessa e altamente discrezionale, se non arbitraria, mentre il riferimento ai livelli di costo dei concorrenti attuali potrebbe condurre alla protezione di operatori inefficienti, aumentando artificiosamente i prezzi ai danni del consumatori. Inoltre, in presenza di diversi concorrenti minori, caratterizzati da differenti livelli d'efficienza, non è chiaro quale operatore dovrebbe fungere da pietra di paragone. In ogni caso, le imprese dominanti potrebbero non essere in grado di stimare, con sufficiente accuratezza, i costi dei concorrenti[205]. I criteri di valutazione delle condotte unilaterali dovrebbero porre gli operatori in condizione di stabilire *ex ante*, con un ragionevole grado di attendibilità, se una determinata strategia possa essere considerata anticompetitiva, come sottolineato anche dalle corti europee[206]: sanzionare un'impresa per aver praticato prezzi inferiori a un livello non ragionevolmente conoscibile al momento dell'assunzione della relativa decisione sarebbe iniquo e inconciliabile col principio di certezza del diritto.

Inoltre, nella maggior parte dei casi le autorità antitrust potrebbero non essere in grado di stabilire in maniera affidabile se, e fino a quando, i guadagni d'efficienza allocativa derivanti dalla pressione concorrenziale esercitata da rivali meno efficienti superino le perdite in termini d'efficienza produttiva dovute a costi di produzione più elevati[207]. *A fortiori*, le autorità giudiziarie potrebbero non essere attrezzate per svolgere valutazioni di carattere economico estremamente complesse e, in assenza di parametri certi, potrebbero sviluppare orientamenti interpretativi discordanti[208].

---

[205] Inoltre, la minaccia di un intervento per *above-cost predation* potrebbe indurre l'impresa dominante a tentare di reperire dati relativi ai costi dei concorrenti, incentivando uno scambio di informazioni che sarebbe difficilmente conciliabile con le regole antitrust.

[206] Cfr. Trib. UE 10 aprile 2008, causa T-271/03, *Deutsche Telekom/Commissione*, cit., § 192; Corte Giust. 14 ottobre 2010, causa C-280/08 P, *Deutsche Telekom/Commissione*, cit., § 202; 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, cit., § 44. In dottrina, in senso conforme, cfr. J. TEMPLE LANG, *The Requirements for a Commission Notice on the Concept of Abuse under Article 82 EC*, CEPS Special Report, 2008, disponibile sul sito Internet http://www.ceps.eu/node/1588.

[207] Cfr. J. TEMPLE LANG, *L'art. 82 – I problemi e la soluzione*, cit. In senso conforme, nel presupposto che «*our measurement tools are too imprecise to evaluate [above cost pricing] strategies without creating an intolerable risk of chilling competitive behavior*», cfr., *ex plurimis*, H. HOVENKAMP, *Discounts and Esclusion*, cit.

[208] Il crescente ruolo delle corti nella prassi antitrust degli Stati membri e gli sforzi profusi dalla Commissione per promuovere una versione autoctona del *private enforcement* dovrebbero indurre a valutare con particolare attenzione i rischi connessi all'applicazione della disciplina antimonopolistica per proibire prezzi superiori al livello dei costi, posto che l'esposizione ad azioni risarcitorie, autonome o fondate su un precedente provvedimento dell'autorità antitrust

Pertanto, sebbene una deroga al parametro del concorrente altrettanto efficiente possa essere appropriata in casi eccezionali, una simile linea d'intervento appare rischiosa e difficilmente percorribile sul versante pratico. In alcuni casi, la scelta della misura dei costi più appropriata può consentire di gestire il problema delle possibili asimmetrie tra l'impresa dominante e i suoi concorrenti. Ad esempio, l'utilizzo di misure di costo non incrementali, come il CTM, potrebbe essere appropriato quando i costi comuni siano significativi e i rivali non possano espandere la propria offerta di prodotti per realizzare simili economie di gamma. Nelle ipotesi in cui i rivali non siano comunque in grado di operare ai livelli di costo ritenuti appropriati nella specie, resta il problema di stabilire se, ed entro quali limiti, il sistema antimonopolistico debba farsi carico di proteggere concorrenti non (ancora) altrettanto efficienti. Sebbene le preoccupazioni di parte della dottrina e della Commissione circa i possibili effetti negativi dell'*above-cost predation* siano ragionevoli sul piano economico, in un'ottica di teoria delle decisioni vi sono valide ragioni per ritenere che una presunzione di liceità dei prezzi superiori a un'appropriata misura dei costi continui a rappresentare il miglior compromesso possibile.

Se si vuole far salva la possibilità d'intervenire, in casi eccezionali, per proteggere operatori meno efficienti da forme di presunta *above-cost predation*, occorre quantomeno prendere atto del carattere *lato sensu* regolatorio di tale intervento, rimodulandone di conseguenza la portata sul piano sanzionatorio. In tale ottica, l'eventuale intervento antitrust nei casi di prezzi inidonei a escludere concorrenti altrettanto efficienti dovrebbe avere natura esclusivamente dichiarativa e inibitoria, con esclusione dell'imposizione di sanzioni pecuniarie e della condanna al risarcimento dei danni per i comportamenti pregressi, per assenza della colpa e della gravità dell'infrazione ex art. 23.2 del Reg. 1/2003 e art. 15.1 della l. 287/1990, nelle ipotesi di *public enforcement*, e per carenza dell'elemento soggettivo dell'illecito aquiliano, nei casi di *private enforcement*[209].

9. Effetti anticoncorrenziali e guadagni d'efficienza

La definizione di uno standard di valutazione delle condotte unilaterali escludenti postula la precisazione del rapporto tra effetti anticoncorrenziali ed eventuale giustificazione commerciale. L'interrogativo è se la presenza di una giustificazione commerciale possa fungere da *safe harbor*, eventualmente temperato da un'applicazione rigorosa del principio di proporzionalità, ovvero

---

competente, potrebbe costituire un forte disincentivo all'attuazione di legittime iniziative concorrenziali.

[209] Cfr. G. FAELLA, Above-cost predation*: spunti di analisi economica e comparata*, cit.

debba condurre a un complesso bilanciamento di valori di segno opposto, nel solco della classica regola di ragionevolezza di matrice nordamericana[210].

La risposta appare legata al tipo di giustificazione che, in concreto, sia avanzata dalle parti. Nella giurisprudenza e nella dottrina europee, la nozione di giustificazione commerciale è stata sovente utilizzata in modo ambiguo, per indicare fenomeni eterogenei. In alcuni casi, la presenza di una giustificazione economica preclude *tout court* la configurabilità di una condotta rispondente a un modello comportamentale astrattamente abusivo: così, ad esempio, l'applicazione di condizioni dissimili alla clientela non integra una reale discriminazione, ove risponda a un'oggettiva diversità delle prestazioni o, comunque, risparmi di costo.

Le istituzioni europee hanno sviluppato, altresì, un concetto – invero vago – di *business justification*, che consente di scriminare condotte in odore d'illiceità ove si ritenga che siano state poste in essere per legittime ragioni commerciali. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla vendita abbinata di due prodotti indispensabile per ragioni di sicurezza, o all'interruzione delle forniture a un cliente insolvente: comportamenti che, a dispetto delle eventuali ripercussioni anticoncorrenziali, difficilmente potrebbero incorrere negli strali dell'antitrust, quanto meno in assenza di alternative meno restrittive. In tale ottica, la presenza di una valida giustificazione commerciale opera come zona di sicurezza, che preclude l'intervento antitrust indipendentemente dal nocumento arrecato ai rivali, fermo restando che l'applicazione della scriminante presuppone l'accertamento del rispetto del principio di proporzionalità e, talvolta, un contemperamento tra contrapposti interessi.

---

[210] Negli Stati Uniti, in *Microsoft*, la Corte d'Appello del Distretto di Columbia ha suggerito che, ove sussista, al contempo, la prova di effetti anticompetitivi e di una valida giustificazione commerciale, è necessario procedere a un bilanciamento tra il danno concorrenziale e i benefici derivanti dalla pratica: v. *United States v Microsoft Corp.*, 253 F3d 34, 56-57 (D.C. Cir. 2001). In dottrina, in senso conforme, cfr. R.A. POSNER, *Antitrust Law*, cit., il quale riconosce all'impresa egemone la possibilità di dimostrare che una pratica, pur avendo effetti anticoncorrenziali, nel complesso è efficiente. Per converso, in *Trinko*, il Department of Justice e la Federal Trade Commission hanno sostenuto che, in presenza di una giustificazione commerciale, una condotta unilaterale non integra un illecito, a prescindere dai suoi effetti anticoncorrenziali: cfr. Brief for the United States and the Federal Trade Commission as *Amici Curiae* Supporting Petitioner, *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP* (U.S. Supreme Court, May 27, 2003). Nella dottrina europea, in senso contrario a un pieno bilanciamento tra effetti anticoncorrenziali e guadagni d'efficienza, per la difficoltà pratica di misurare i due termini del *trade-off*, cfr. A. MAJUMDAR-S. BISHOP-D. RIDYARD-I. WILLIAMS-U. AKGUN, *op. cit.*, i quali propongono di considerare l'esistenza di efficienze come segno di una motivazione pro-concorrenziale per l'utilizzo della pratica, che dovrebbe precludere l'intervento antitrust ove non sia dimostrato, con ragionevole certezza, un pregiudizio al benessere dei consumatori.

La situazione è diversa ove un'impresa egemone invochi, quale virtù redimente, la presenza di guadagni d'efficienza generati da una condotta potenzialmente abusiva. Il formante giurisprudenziale e decisionale europeo ha tradizionalmente palesato scarsa sensibilità per considerazioni d'efficienza nell'applicazione dell'art. 102 TFUE, attitudine solo apparentemente riconducibile all'assenza di una previsione che, sulla falsariga dell'art. 101, par. 3, TFUE, consenta l'esenzione di condotte altrimenti vietate. In realtà, il concetto di abuso ereditato dalla tradizione ordo-liberale, inteso come deviazione da un modello comportamentale virtuoso, fondato sulle *performance*, lascia poco spazio a giustificazioni efficientistiche[211]: in linea di principio, la presenza di guadagni d'efficienza rileva esclusivamente nella misura in cui si rifletta in un 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[212].

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 di 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 anticoncorrenziali e possibili guadagni d'efficienza[213].

---

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

[212] Quanto dire che la condotta unilaterale è legittima in quanto conseguenza, più che causa, dei guadagni d'efficienza: si pensi, in particolare, agli sconti quantitativi, ritenuti leciti ove riflettano economie di costo rese possibili da ordinativi d'ingente ammontare.

[213] Di là dall'opinabilità delle soluzioni accolte, un bilanciamento tra effetti anticoncorrenziali e guadagni d'efficienza (dinamica) è insito nelle pronunzie della Corte di Giustizia in tema di rifiuto di contrarre, caratterizzate dal tentativo di raggiungere un delicato equilibrio tra tutela della concorrenza e salvaguardia degli incentivi delle imprese a investire e innovare: in tale ottica, in *Oscar Bronner*, la Corte ha negato il diritto dei concorrenti di accedere all'altrui infrastruttura, ove la stessa sia duplicabile, seppur a maggiori costi (cfr. Corte Giust. 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner Gmbh & Co. KG/Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG e Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*, in *Raccolta*, 1998, I-07791); in *IMS*, poi, il giudice europeo ha ritenuto abusivo il rifiuto di concedere in licenza un diritto di proprietà intellettuale, soltanto allorché, oltre a eliminare qualsiasi concorrenza, la condotta prevenga l'emersione di un nuovo prodotto per il quale vi è una domanda potenziale (Corte Giust. 29 aprile 2004, causa C-418/01, *IMS Health/NDC Health*, in *Raccolta*, 2004, I-05039). Sulla tendenza al superamento *de facto* degli stringenti requisiti fissati dalla Corte di Giustizia nella

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 di comportamenti altrimenti abusivi 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, TFUE.

In particolare, a tenore degli Orientamenti, un'impresa egemone può dimostrare che il suo comportamento è giustificato in quanto è obiettivamente necessario o produce efficienze sufficienti a compensare gli effetti anticoncorrenziali. Mentre l'obiettiva necessità è sufficiente, in quanto tale, a scriminare la condotta contestata, purché siano soddisfatti i requisiti dell'indispensabilità e della proporzionalità, per invocare una difesa fondata su considerazioni d'efficienza le imprese egemoni devono dimostrare che: (i) le efficienze sono state – o è probabile che siano state – realizzate in conseguenza del comportamento contestato; (ii) la condotta è indispensabile per la realizzazione di tali efficienze; (iii) i benefici superano gli effetti negativi sulla concorrenza e sul benessere dei consumatori; e (iv) il comportamento contestato non sopprime una concorrenza effettiva, eliminando tutte le fonti esistenti di pressione competitiva attuale o potenziale o la maggior parte di esse[214].

Siffatto approccio, implicitamente avallato dalla Corte di Giustizia in *Post Danmark*[215], mira a garantire la coerenza interna del sistema antimonopolistico, ma limita notevolmente gli spazi per le considerazioni d'efficienza nel quadro dell'art. 102 TFUE[216]. Mentre l'esigenza di un legame eziologico tra comportamento contestato e guadagni d'efficienza non desta particolari problemi, l'opportunità d'estendere i rimanenti criteri d'esenzione all'analisi delle condotte unilaterali è stata revocata in dubbio, perché diverse forme di concorrenza fondata sulle prestazioni potrebbero essere private della

---

prassi applicativa in tema di rifiuto di contrarre, 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.

[214] *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 30.

[215] Cfr. Corte Giust. 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark*, cit., §§ 40-43.

[216] Nel senso che gli Orientamenti non sembrano preludere a un reale rafforzamento del ruolo delle efficienze nell'analisi degli abusi escludenti, cfr. J.F. BELLIS-T. KASTEN, *Will efficiencies play an increasingly important role in the assessment of conduct under Article 102 TFEU?*, in *Antitrust Bulletin*, 2010, 915.

possibilità di beneficiare della scriminante[217]. Per altro verso, il rigore probatorio che limita la possibilità d'avvalersi di giustificazioni efficientistiche non appare proporzionato allo standard richiesto per la prova degli effetti anticoncorrenziali, che può prescindere *in toto* da elementi di carattere quantitativo[218].

L'estensione di condizioni affini a quelle previste dall'art. 101, par. 3, TFUE all'analisi delle condotte unilaterali appare anche difficilmente conciliabile con l'impianto teorico degli Orientamenti, in base al quale l'accertamento di una preclusione anticoncorrenziale postula non soltanto la presenza di effetti escludenti, ma anche un verosimile pregiudizio per gli interessi dei consumatori. In tale ottica, una pratica che produca, nel complesso, effetti positivi sul benessere dei consumatori non dovrebbe essere considerata abusiva *ab origine*. Ne discende che la distinzione tra accertamento di una preclusione anticoncorrenziale e successiva valutazione delle eventuali efficienze si rivela artificiale: in un approccio incentrato, in ultima istanza, sul pregiudizio per i consumatori, l'apprezzamento dei guadagni d'efficienza dovrebbe essere considerato parte integrante dell'accertamento dell'abuso, piuttosto che posposto a una successiva fase d'analisi, come difesa sottoposta a stringenti condizioni[219].

Il mantenimento di un ruolo residuale per le considerazioni d'efficienza, ammesse solo come stadio finale d'analisi, con onere della prova di rigorosi requisiti a carico dell'impresa egemone, può essere giustificato soltanto a

---

[217] In particolare, è discutibile se sia effettivamente desiderabile imporre agli operatori dominanti l'onere di non andare oltre quanto è indispensabile per supportare la propria posizione e migliorare la loro efficienza, posto che le imprese dovrebbero essere libere di competere vigorosamente (D. WAELBROECK, *The Assessment of Efficiencies under Article 102 and the Commission's Guidance Paper*, disponibile sul sito Internet http://www.intertic.org/BookPapers/Waelbroeck.pdf). Inoltre, posto che le imprese dominanti sono dotate, per definizione, di un certo grado d'indipendenza di comportamento nei confronti di rivali e clienti, appare difficile provare l'esistenza di sufficienti incentivi a trasferire ai consumatori eventuali guadagni d'efficienza (J.F. BELLIS-T. KASTEN, *op. cit.*). Ancora, il requisito della non eliminazione di una concorrenza effettiva, già di per sé difficilmente dimostrabile in un contesto di mercato indebolito dall'esistenza di una posizione d'egemonia, potrebbe precludere qualsiasi possibilità di fornire una giustificazione efficientistica in presenza di imprese super-dominanti o, comunque, dotate di un potere di mercato particolarmente elevato (D. WAELBROECK, *op. cit.*; P. MARSDEN-L. LOVDHAL-GORMSEN, *op. cit.*), ovvero di condotte quali il rifiuto di contrarre, che comportano tipicamente l'esclusione dei rivali ove l'*input* sia realmente essenziale (M. MOTTA, *The European Commission's Guidance Communication on Article 82*, cit.).

[218] Cfr. J.F. BELLIS-T. KASTEN, *op. cit.*

[219] Cfr. G. FAELLA-R. PARDOLESI, *op. cit.* In senso critico nei confronti della scissione dell'analisi degli effetti sulla concorrenza, cfr. anche, *inter alia*, G. BRUZZONE-M. BOCCACCIO, *op. cit.*

condizione che le corti e le autorità antitrust si facciano carico del compito di distinguere i comportamenti competitivi da quelli non meritevoli di tutela, riconoscendo che le condotte idonee a innescare dinamiche di mercato virtuose sono lecite in quanto tali, prima ancora di valutare, in concreto, il potenziale escludente e, eventualmente, effettuare un complesso bilanciamento di effetti di segno opposto.

CAPITOLO II

LE POLITICHE DI PREZZO FIDELIZZANTI: SCONTI FEDELTÀ, *TARGET* E QUANTITÀ

SOMMARIO: 1. Gli sconti condizionati: tassonomia essenziale. - 2. L'analisi economica degli sconti fidelizzanti. - 2.1. Il potenziale escludente. - 2.1.1. Gli sconti fidelizzanti retroattivi. - 2.1.2. Gli sconti fidelizzanti incrementali. - 2.2. La restrizione della concorrenza *interbrand*. - 2.3. Ulteriori possibili spiegazioni e guadagni d'efficienza. - 3. L'esperienza statunitense. - 3.1. Gli sconti fidelizzanti nella giurisprudenza nordamericana. - 3.2. Il Section 2 Report e le successive iniziative del DOJ. - 3.3. Il caso *Intel*. - 3.4. Alcune considerazioni conclusive sull'esperienza statunitense. - 4. La prassi antitrust europea: gli sconti fidelizzanti retroattivi. - 4.1. L'orientamento tradizionale delle istituzioni europee. - 4.1.1. Gli effetti fidelizzanti ed escludenti: gli sconti fedeltà. - 4.1.2. (segue) Gli sconti *target*. - 4.1.3. (segue) Gli sconti quantitativi. - 4.1.4. (segue) Gli effetti escludenti degli sconti fidelizzanti retroattivi: quadro di sintesi e limiti dell'orientamento tradizionale delle istituzioni europee. - 4.1.5. La natura discriminatoria. - 4.1.6. Il carattere iniquo. - 4.1.7. La tendenza a compartimentare i mercati nazionali. - 4.2. Il Discussion Paper. - 4.3. La decisione *Tomra* e la pronunzia della Corte di Giustizia in *British Airways*. - 4.4. Gli Orientamenti della Commissione. - 4.5. I limiti degli Orientamenti. - 4.6. La prima applicazione dei criteri introdotti dagli Orientamenti: il caso *Intel* europeo. - 4.7. La reiterazione del tradizionale approccio formalistico: le sentenze dei giudici europei nei casi *Solvay* e *Tomra*. - 4.8. Gli effetti escludenti degli sconti fidelizzanti retroattivi: alcune considerazioni conclusive. - 5. Gli sconti fedeltà e *target* incrementali nella prassi antitrust europea. - 5.1. Gli effetti fidelizzanti ed escludenti. - 5.2. Il carattere discriminatorio. - 5.3. Il Discussion Paper e gli Orientamenti. - 5.4. Il caso *Velux* e la sentenza *Solvay*. - 6. Le possibili giustificazioni oggettive per l'utilizzo degli sconti fidelizzanti. - 6.1. La prassi decisionale e la giurisprudenza anteriori al processo di revisione dell'applicazione dell'art. 102 TFUE. - 6.2. I limiti dell'orientamento tradizionale. - 6.3. I segnali di apertura contenuti nel Discussion Paper e negli Orientamenti. - 7. Gli sconti fidelizzanti tra esclusione e predatorietà: il dibattito circa la definizione di un appropriato standard di valutazione. - 8. La *vis* offensiva della pratica nei confronti dei rivali. - 8.1. La capacità di escludere i concorrenti. - 8.1.1. Gli sconti concessi come contropartita per l'assunzione di un espresso vincolo d'esclusiva. - 8.1.2. Gli sconti fidelizzanti retroattivi. - 8.1.3. Gli sconti fidelizzanti incrementali. - 8.2. La stima della quota contendibile e della parte rilevante della domanda dei clienti. - 8.3. La scelta di un'appropriata misura dei costi. - 8.4. La durata del periodo di riferimento. - 8.5. Alcuni ulteriori fattori d'analisi. - 8.6. Lo standard probatorio e il ruolo di un test di prezzo nell'analisi degli sconti fidelizzanti. - 9. La portata della preclusione e l'impatto della pratica sul complessivo grado di concorrenza e sul potere di mercato dell'impresa dominante. - 10. L'eventuale esistenza di una giustificazione commerciale.

1. Gli sconti condizionati: tassonomia essenziale

Gli sconti e i premi condizionati (sconti condizionati) includono una vasta gamma di incentivi concessi ai clienti per premiare determinati comportamenti nell'acquisto o nella rivendita di uno o più prodotti in un arco temporale predeterminato. Di norma, gli sconti condizionati rappresentano una forma di ricompensa per la fedeltà del cliente, in caso d'acquisto della totalità o di un'elevata percentuale del fabbisogno di uno o più prodotti dalla medesima impresa.

Mutuando la tassonomia che emerge dalla prassi antitrust europea, è possibile distinguere le seguenti principali categorie di sconti condizionati:

(i) sconti o premi fedeltà (sconti fedeltà), condizionati al raggiungimento di obiettivi d'acquisto o di rivendita individuali, corrispondenti a una determinata percentuale del fabbisogno o del volume d'affari del cliente, in un periodo prestabilito;

(ii) sconti o premi *target* (sconti *target*), condizionati al raggiungimento di obiettivi d'acquisto o di rivendita individuali, espressi in termini assoluti, in un periodo prestabilito;

(iii) sconti o premi quantitativi (sconti quantitativi, o quantità), condizionati al raggiungimento di obiettivi d'acquisto o di rivendita standardizzati (ossia, uguali per tutti), espressi in termini assoluti, in un periodo prestabilito;

(iv) sconti o premi leganti (sconti leganti), consistenti in riduzioni del prezzo di uno o più beni o servizi, subordinatamente al raggiungimento di determinati obiettivi nell'acquisto o nella rivendita di uno o più prodotti ulteriori, in un periodo prestabilito[1].

Il beneficio concesso dal fornitore al cliente può essere calcolato su tutti gli acquisti realizzati nel corso del periodo di riferimento (sconti retroattivi) o soltanto su quelli eccedenti le soglie (sconti incrementali). I sistemi di sconti possono essere strutturati mediante un'unica soglia (o, nel caso degli sconti leganti, un'unica soglia per prodotto), al cui raggiungimento è condizionata una determinata riduzione del prezzo, o una griglia progressiva di obiettivi d'acquisto associati a ribassi percentuali crescenti. Inoltre, gli sconti possono essere condizionati al raggiungimento o all'incremento dell'ammontare di acquisti realizzato nel precedente periodo di riferimento, in modo da tendere a saturare la domanda del cliente col trascorrere degli anni.

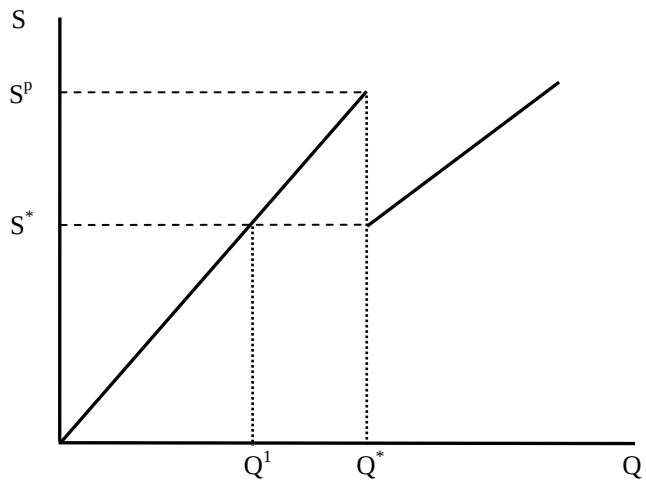
[1] Gli obiettivi possono essere stabiliti secondo le modalità di cui ai punti (i)-(iii).

Nel presente capitolo, sono analizzati gli sconti fedeltà, *target* e quantità, di seguito anche definiti, cumulativamente, sconti fidelizzanti, mentre gli sconti leganti sono oggetto del capitolo III.

2. L'analisi economica degli sconti fidelizzanti

Gli sconti fedeltà, *target* e quantità costituiscono una classica forma di *nonlinear pricing*, caratterizzata dal fatto che il prezzo pagato da un cliente non è strettamente proporzionale alle quantità acquistate[2]. Il grafico che segue descrive l'andamento della spesa complessiva di un acquirente che usufruisce di un sistema di sconti fidelizzanti retroattivi con un'unica soglia. Per acquisti inferiori alla soglia Q^*, l'acquirente è tenuto a pagare un prezzo di listino relativamente alto, che determina una significativa pendenza della curva della spesa complessiva sino al punto Q^*. Il raggiungimento della soglia comporta l'applicazione retroattiva di un prezzo unitario più basso, con conseguente riduzione della spesa complessiva da S^p a S^*. Inoltre, siccome il prezzo unitario scontato è inferiore a quello praticato prima del raggiungimento della soglia, la curva della spesa complessiva continua a crescere con una minor pendenza. Si noti che la spesa complessiva sostenuta per acquistare la quantità Q^* è pari a quella affrontata per l'acquisto della quantità Q^1, sicché il prezzo effettivo, o incrementale, pagato per le unità comprese tra Q^1 e Q^* è pari a zero.

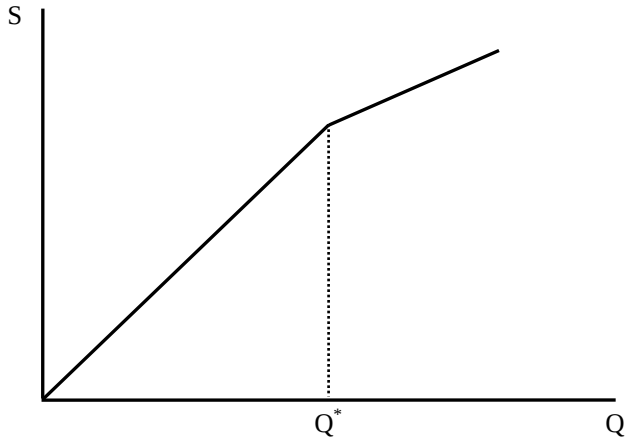
Grafico 1



[2] Per un inquadramento generale, v. R. WILSON, *Nonlinear pricing*, Oxford, 1992.

Nel caso degli sconti incrementali, per converso, la curva della spesa complessiva continua ad aumentare con una pendenza inferiore a seguito del raggiungimento della soglia, ma non si verifica un abbassamento dell'importo totale pagato in corrispondenza dell'obiettivo d'acquisto, in quanto la riduzione del prezzo non è applicata retroattivamente. L'andamento della spesa complessiva di un cliente che usufruisce di un sistema di sconti incrementali con un'unica soglia è rappresentato dal grafico che segue.

Grafico 2



Sebbene si differenzino per le modalità di fissazione delle soglie d'acquisto, gli sconti fedeltà e quelli *target* tendono ad avere effetti sostanzialmente equivalenti, posto che, in entrambi i casi, l'obiettivo d'acquisto o di rivendita è generalmente stabilito in funzione delle caratteristiche del cliente, in modo da coprire la totalità o la maggior parte della sua domanda o del suo volume d'affari. La scelta tra le due tipologie di sconti può dipendere dal grado di stabilità e prevedibilità della domanda: ove quest'ultima sia soggetta a significative fluttuazioni o difficilmente osservabile *ex ante*, l'impresa fornitrice potrebbe decidere di assumere come parametro di riferimento una quota del fabbisogno del singolo cliente, in luogo di un *target* individuale prestabilito che potrebbe rivelarsi erroneo.

Gli sconti quantitativi non sono tarati in funzione delle specifiche caratteristiche di ciascun singolo cliente, ma potrebbero avere effetti analoghi a quelli degli sconti personalizzati, ove la soglia standardizzata fissata dal fornitore approssimi il fabbisogno di un elevato numero di clienti. In caso contrario, per fornire incentivi a un sufficiente numero di clienti, il sistema potrebbe prevedere una griglia di obiettivi progressivi, cui corrispondono riduzioni di prezzo crescenti.

Gli sconti fidelizzanti si collocano a ridosso dell'incerto confine tra condotte anticoncorrenziali e iniziative commerciali aggressive, ma sostanzialmente pro-competitive. La pratica può ostacolare l'accesso al mercato o la crescita dei concorrenti, scoraggiando la differenziazione delle fonti d'approvvigionamento, o ledere altrimenti gli interessi dei consumatori, mercé un affievolimento della concorrenza *interbrand* o un incremento del livello dei prezzi iniziali. Al contempo, la concessione di sconti rappresenta una classica forma di concorrenza sui prezzi, può rispondere a legittime esigenze commerciali e può generare guadagni d'efficienza, consentendo la realizzazione di risparmi di costo e favorendo un miglior coordinamento e un maggior allineamento degli interessi all'interno della catena di produzione[3].

2.1. Il potenziale escludente

La concessione di sconti può rappresentare il corrispettivo per l'assunzione di un vincolo negoziale d'esclusiva totale o parziale (*exclusive dealing*) o dell'obbligo d'acquistare quantitativi prestabiliti (*quantity requirement*), oppure essere semplicemente condizionata al raggiungimento delle soglie prefissate, in assenza di uno specifico impegno. Nel primo caso, l'eventuale effetto di preclusione deriva direttamente dal vincolo negoziale d'esclusiva totale o parziale, che può essere rafforzato e reso più stabile dal corrispettivo pattuito per la sua assunzione. Nel secondo caso, il potenziale escludente si ricollega all'effetto fidelizzante del sistema di incentivi, che varia in funzione del tipo di sconto accordato.

2.1.1. Gli sconti fidelizzanti retroattivi

Gli sconti fidelizzanti di carattere retroattivo possono produrre effetti escludenti indipendentemente dalla natura predatoria del prezzo finale, poiché creano costi di sostituzione del fornitore (*switching costs*)[4], che possono dar origine a fenomeni di *lock-in*. Ove i clienti decidessero di differenziare le proprie fonti d'approvvigionamento, rinunciando a raggiungere gli obiettivi, gli stessi perderebbero gli sconti calcolati retroattivamente sull'intero quantitativo acquistato sino a quel momento, nonché sulle ulteriori forniture che

[3] Cfr. G. FAELLA, *The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2008, 375.

[4] Cfr. F.P. MAIER-RIGAUD, *Switching Costs in Retroactive Rebates – What's time got to do with it*, in *European Competition Law Review*, 2005, 272. Sul fenomeno dei costi di sostituzione, v., *ex multis*, C. MCSORLEY-A.J. PADILLA-M. WILLIAMS, *Switching Costs*, Department of Trade and Industry – Office of Fair Trading, Discussion Paper No. 5, 2003, disponibile sul sito Internet http://www.oft.gov.uk/shared_oft/reports/comp_policy/oft655.pdf.

otterrebbero comunque dall'impresa dominante. In tale scenario, il prezzo effettivo pagato dal cliente per le unità necessarie a raggiungere la soglia potrebbe essere sensibilmente inferiore non soltanto al prezzo di listino, ma anche a quello scontato, sino a divenire eventualmente negativo.

Il prezzo effettivo delle unità necessarie al raggiungimento delle soglie può essere calcolato allocando su tale quantitativo l'intero sconto concesso dal produttore, secondo la formula seguente:

$$p(x^*) = p\,(x^* - \alpha x^T)/x^* \qquad [1]$$

dove $p(x^*)$ è il prezzo effettivo delle unità marginali necessarie a raggiungere le soglie d'acquisto, p è il prezzo di listino, x^* indica l'ammontare di acquisti rimanente sino al raggiungimento del quantitativo soglia x^T e α rappresenta il tasso di sconto. Come si evince dalla formula che precede, il prezzo effettivo delle unità marginali tende a diminuire, sino a divenire eventualmente negativo, al crescere del tasso di sconto, del quantitativo soglia e degli acquisti già effettuati nel periodo di riferimento[5]. Anche qualora il prezzo medio finale sia superiore ai costi, al margine lo sconto calcolato sull'intero ammontare degli acquisti potrebbe risultare predatorio: il prezzo incrementale delle unità necessarie al raggiungimento delle soglie potrebbe essere inferiore al livello dei costi, o finanche negativo, sebbene l'operatore egemone non subisca alcuna perdita, potendo compensare il costo del beneficio riconosciuto ai clienti coi profitti derivanti dalle vendite inframarginali[6].

Ne discende che, ove il cliente abbia già effettuato un ingente ammontare di acquisti dall'impresa dominante nel corso del periodo di riferimento, i rivali potrebbero non essere in grado di formulare un'offerta competitiva, pur essendo altrettanto efficienti, in quanto sarebbero costretti a distribuire gli sconti sul solo quantitativo residuo.

Tuttavia, il fatto che il prezzo incrementale delle unità necessarie al raggiungimento della soglia sia inferiore al livello dei costi non implica necessariamente che rivali altrettanto efficienti non siano in grado di

---

[5] Assumendo che i prodotti siano omogenei, tale prezzo rappresenta il valore che un ipotetico concorrente, intenzionato a sottrarre al fornitore dominante tale porzione delle vendite, dovrebbe quantomeno eguagliare.

[6] Cfr., *ex multis*, G. FEDERICO, *When are Rebates Exclusionary*, in *European Competition Law Review*, 2005, 477. Cfr. altresì J. ORDOVER-G. SHAFFER, *Exclusionary discounts*, CCP Working Paper 07-13, 2007, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=995426, che analizzano gli effetti escludenti di un sistema di sconti fidelizzanti in un modello basato su due periodi, con due fornitori e un acquirente, assumendo che le valutazioni dell'acquirente nei due periodi siano collegate, in virtù dell'esistenza di costi di sostituzione, e che almeno uno dei fornitori abbia risorse finanziarie limitate.

competere. In primo luogo, ove la soglia sia inferiore al fabbisogno complessivo dell'acquirente, i concorrenti potrebbero distribuire lo sconto su un quantitativo più elevato, comprensivo delle unità eccedenti l'obiettivo fissato dall'impresa dominante. In secondo luogo, assumendo che l'operatore egemone e i rivali possano competere alla pari per l'intero fabbisogno dell'acquirente, all'inizio del periodo di riferimento un concorrente altrettanto efficiente dovrebbe essere, in linea di principio, in grado d'eguagliare gli sconti concessi dall'impresa dominante, offrendo analoghi incentivi per l'acquisto – o la rivendita – di quantitativi paragonabili, purché il prezzo scontato non varchi la soglia della predatorietà.

Pertanto, il potenziale fidelizzante di un sistema di sconti retroattivi non si traduce necessariamente in una restrizione della concorrenza. La concessione di sconti fidelizzanti di carattere retroattivo tende semplicemente a mutare la natura della concorrenza: da processo continuativo per assicurarsi gli acquisti marginali di ogni singolo cliente, la competizione tra le imprese si tramuta in gara per porzioni crescenti della sua domanda e, al limite, in rivalità periodica per il suo intero fabbisogno[7].

Perché un sistema di sconti fidelizzanti cagioni significativi effetti escludenti è necessario un *quid pluris*, una forma d'asimmetria tra le imprese, che impedisca ai rivali di competere per l'intera domanda degli acquirenti. L'impresa egemone potrebbe godere di un forte potere di mercato su una porzione del fabbisogno dei clienti (denominata base inelastica o parte monopolizzata della domanda) in virtù di diversi fattori, quali costi di sostituzione che scoraggino la differenziazione delle fonti d'approvvigionamento, fenomeni di *brand loyalty* o vincoli di capacità che impediscano ai rivali di soddisfare l'intera domanda del cliente[8]. In presenza di una consistente porzione monopolizzata della domanda, i concorrenti, anche se altrettanto o più efficienti, potrebbero non esser in grado di competere per la parte contendibile del fabbisogno dei clienti, perché dovrebbero concedere, su un ammontare di vendite limitato, sconti percentuali molto elevati, in modo da compensare gli acquirenti per la perdita del beneficio legato al raggiungimento delle soglie d'acquisto[9]. In simili circostanze, l'impresa dominante potrebbe

[7] Cfr. A. HEIMLER, *Below Cost Pricing and Loyalty-Inducing Discounts: Are They Restrictive and, If So, When?*, in *Competition Policy International*, 2005, 149, nonché OECD, *Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates*, cit.

[8] Cfr. A. MAJUMDAR-S. BISHOP-D. RIDYARD-I. WILLIAMS-U. AKGUN, *op. cit.*, 117 ss.

[9] S'ipotizzi che un'impresa egemone offra un prodotto, il cui CM è costante e pari a 80, al prezzo di 100, ma conceda uno sconto retroattivo del 10% ai clienti che si riforniscono presso la stessa per il 100% del proprio fabbisogno. In virtù delle preferenze dei consumatori, un rivenditore avente un fabbisogno annuo di 30 unità fronteggia una domanda rigida per i prodotti dell'impresa dominante, per un ammontare pari all'80% del suo giro d'affari. Il distributore deve

concedere sconti sulla porzione monopolizzata della domanda dell'acquirente per incrementare le vendite o proteggere la propria quota di mercato dall'erosione marginale derivante dalla pressione concorrenziale degli operatori minori[10].

Un utile indice del potenziale escludente della pratica è rappresentato dal prezzo incrementale della porzione contendibile della domanda del cliente. Tale prezzo è espresso dalla seguente formula:

$$p(x^C) = p\,[x^C - \alpha\,(x^M + x^C)]/x^C \qquad [2]$$

dove p è il prezzo di listino, α è il tasso di sconto, x^M indica le unità monopolizzate della domanda del cliente e x^C rappresenta, invece, le unità contendibili. Come evidenziato dalla formula [2], il prezzo incrementale delle unità contendibili della domanda del cliente diminuisce al crescere del tasso di sconto e della quota monopolizzata delle vendite. Ove il prezzo incrementale delle unità contendibili della domanda del cliente sia inferiore a un'appropriata misura dei costi, il sistema di sconti potrebbe impedire a concorrenti altrettanto efficienti di formulare un'offerta competitiva.

Se le unità monopolizzate e quelle contendibili della domanda del cliente sono espresse come quota del fabbisogno complessivo, la formula [2] si riduce alla seguente:

$$p(x^C) = p\,(1 - \alpha/x^C) \qquad [3]$$

Dalla formula [3] si evince che il prezzo effettivo delle unità contendibili è pari a zero se la quota contendibile è uguale allo sconto

---

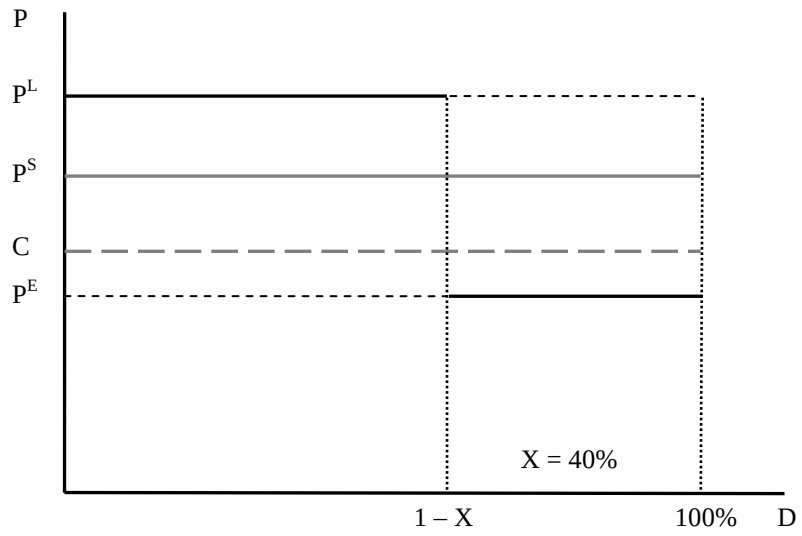
decidere se acquistare 6 unità aggiuntive del prodotto dall'impresa egemone, in modo da soddisfare l'obiettivo prestabilito, o rivolgersi a un fornitore concorrente. Il raggiungimento della soglia del 100% gli consentirebbe di beneficiare di uno sconto complessivo pari a 300. Un concorrente intenzionato a sottrarre all'impresa egemone le 6 unità contendibili del fabbisogno del cliente dovrebbe compensare quest'ultimo per la perdita dello sconto complessivo concesso dall'impresa egemone, distribuendo il relativo onere sulla parte non monopolizzata della domanda. A tal fine, il concorrente dovrebbe offrire un prezzo unitario pari a 50, che non coprirebbe il CM.

[10] Cfr., *inter alia*, R. BEARD-G.S. FORD-L.J. SPIWAK, *Quantity-Discount Contracts as a Barrier to Entry*, Phoenix Center Policy Paper No. 20, 2004, disponibile sul sito Internet http://www.phoenix-center.org/pcpp/PCPP20Final.pdf; W.K. TOM-D.A. BALTO-N.W. AVERITT, *Anticompetitive Aspects of Market-Share Discounts and Other Incentives to Exclusive Dealing*, in *Antitrust Law Journal*, 2000, 615; F.P. MAIER-RIGAUD, *Switching Costs in Retroactive Rebates – What's time got to do with it*, cit.; D. SPECTOR, *Loyalty Rebates: An Assessment of Competition Concerns and a Proposed Structured Rule of Reason*, in *Competition Policy International*, 2005, 89.

percentuale concesso retroattivamente. Per contro, se la domanda del cliente è interamente aperta alla concorrenza di altri operatori (e, quindi, x^C è uguale a uno), il prezzo effettivo delle unità contendibili è pari al prezzo scontato offerto dall'impresa dominante, che non gode, dunque, di alcun vantaggio competitivo *vis-à-vis* i rivali.

Il grafico che segue rappresenta il prezzo incrementale della porzione contendibile della domanda, che un concorrente dovrebbe quanto meno eguagliare per compensare il cliente per la perdita dello sconto offerto dall'impresa dominante. Nel grafico, si assume che il prezzo di listino (P^L) sia pari a 5, lo sconto concesso al raggiungimento della soglia del 100% ammonti al 20%, il costo unitario (C) sia pari a 3 e la porzione contendibile della domanda del cliente (X) corrisponda al 40%. In simili condizioni, il prezzo scontato (P^S) è pari a 4. Tuttavia, applicando la formula [3], il prezzo effettivo (P^E) delle unità contendibili della domanda del cliente, calcolato allocando sulla stessa l'intero sconto concesso dall'impresa dominante, è inferiore a C, in quanto pari soltanto a 2,5.

Grafico 3



Pertanto, gli sconti retroattivi possono essere utilizzati per dissimulare una politica di prezzi predatori mirati specificamente a una determinata porzione della domanda del cliente, facendo leva sulla riduzione del prezzo praticato per le rimanenti unità del suo fabbisogno. In tale ottica, una politica di sconti retroattivi potrebbe essere considerata una *two-part tariff* composta da un prezzo di monopolio per la base inelastica della domanda e un prezzo effettivo

molto più basso – e potenzialmente predatorio – per le unità contendibili[11]. Ciò comporterebbe una perdita di profitti nella vendita delle unità contendibili. Tuttavia, la concessione dello sconto può accompagnarsi a un incremento del prezzo iniziale a un livello superiore a quello di monopolio, che può assorbire, in tutto o in parte, la possibile perdita di profitti. Pertanto, l'applicazione di un sistema di sconti retroattivi non comporta necessariamente una riduzione del prezzo medio e dei profitti complessivi dell'impresa interessata.

Anche qualora il prezzo incrementale delle unità contendibili della domanda del cliente non sia inferiore al livello dei costi, un sistema di sconti fidelizzanti non sarebbe necessariamente privo di effetti anticoncorrenziali, posto che la pratica potrebbe essere utilizzata strategicamente per ridurre gli incentivi a competere dei rivali. Ciò potrebbe verificarsi, in particolare, quando la soglia fissata dall'impresa dominante è inferiore al fabbisogno complessivo del cliente. Ove la porzione contendibile della domanda dei clienti al di sotto della soglia non sia sufficientemente estesa, infatti, i rivali potrebbero non avere sufficienti incentivi a compensare i clienti per la perdita degli sconti concessi dall'impresa dominante, in quanto potrebbero incamerare maggiori profitti vendendo esclusivamente le unità al di sopra dell'obiettivo d'acquisto a un prezzo più elevato[12]. In siffatto scenario, un operatore razionale rinuncerebbe a competere per la porzione contendibile del fabbisogno dei clienti al di sotto delle soglie[13].

Un sistema di sconti retroattivi può cagionare effetti fidelizzanti tanto nel caso di soglie personalizzate (sconti fedeltà e *target*), quanto nell'ipotesi di obiettivi standardizzati (sconti quantitativi). Tuttavia, il potenziale fidelizzante

---

[11] Cfr. G. FEDERICO, *The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts in Europe: Towards a More Economic Approach*, in *Journal of European Competition Law and Practice*, 2011, 277.

[12] Ad esempio, s'ipotizzi che l'impresa dominante offra un prodotto, il cui CM è costante e pari a 80, al prezzo di 100, ma conceda uno sconto retroattivo del 10% ai clienti che si riforniscono presso la stessa per il 90% del proprio fabbisogno. S'ipotizzi altresì che l'acquirente, con un fabbisogno annuo di 30 unità, abbia una domanda rigida per i prodotti dell'impresa dominante, per un ammontare pari al 50% della sua domanda. Il raggiungimento della soglia del 90% consente all'acquirente di beneficiare di uno sconto pari a 10 per ciascuna unità acquistata, ossia di uno sconto complessivo di 300 sull'intero fabbisogno. Un concorrente intenzionato a sottrarre all'impresa egemone le 15 unità contendibili del fabbisogno del cliente dovrebbe compensare quest'ultimo per la perdita dello sconto complessivo concesso dall'impresa egemone, offrendo un prezzo unitario pari a 80, che sarebbe appena sufficiente a coprire il CM. Il concorrente potrebbe incamerare un profitto maggiore, pari a circa 30, vendendo esclusivamente le 3 unità del fabbisogno del cliente al di sopra della soglia a un prezzo leggermente inferiore a 90 (ossia, il prezzo scontato offerto dall'impresa dominante).

[13] L'effetto di ripartizione della domanda dei clienti potrebbe essere particolarmente forte quando lo sconto retroattivo è applicato alle sole unità sotto soglia, mentre per la porzione del fabbisogno al di sopra dell'obiettivo d'acquisto continua a essere offerto il prezzo di listino.

degli sconti quantitativi è inferiore a quello degli sconti fedeltà e *target*. Un sistema di sconti retroattivi produce reali effetti fidelizzanti soltanto allorché l'obiettivo d'acquisto approssimi il fabbisogno del cliente. Ove il quantitativo soglia sia notevolmente superiore alla domanda dell'acquirente, quest'ultimo non sarebbe comunque in grado di beneficiare della riduzione di prezzo e, quindi, non subirebbe alcuna perdita differenziando le proprie fonti d'approvvigionamento. Viceversa, qualora l'obiettivo d'acquisto sia inferiore alla porzione monopolizzata della domanda, lo sconto equivarrebbe a una mera riduzione del prezzo finale, che non pregiudicherebbe la possibilità, per i rivali, di assicurarsi la porzione contendibile del fabbisogno del cliente, a condizione che non sia varcata la soglia della predatorietà. Ne discende che, in presenza di clienti differenziati per dimensioni e fabbisogno, un sistema di sconti quantitativi retroattivi basato su una sola soglia di fatturato non ha, di norma, un significativo potenziale escludente.

Maggiori effetti fidelizzanti potrebbe avere un sistema di sconti quantitativi crescenti, basati su una griglia standardizzata di soglie di fatturato: in siffatto schema, clienti di dimensioni diverse possono beneficiare di un ribasso percentuale retroattivo, che aumenta al crescere dei volumi acquistati presso l'impresa dominante nel corso del periodo di riferimento. Peraltro, un sistema basato su quantitativi standardizzati, che prescindono dalle dimensioni e dal fabbisogno degli acquirenti, ha un potenziale incentivante inferiore a quello degli sconti condizionati al raggiungimento di obiettivi di vendita fissati individualmente, posto che il mancato raggiungimento di una soglia di acquisti non determina la perdita dell'intero beneficio, ma soltanto l'applicazione di un tasso inferiore, corrispondente a uno scaglione più basso. Di conseguenza, l'effetto fidelizzante tende a essere minore e vi sono maggiori probabilità che i rivali siano in grado di competere per determinate porzioni del fabbisogno degli acquirenti[14].

Le considerazioni che precedono presuppongono che fornitori e acquirenti dispongano di un quadro cognitivo accurato e siano in grado di formulare scelte razionali e pienamente consapevoli. Partendo dalla constatazione che non sempre gli operatori economici sono in grado di compiere scelte intese alla massimizzazione dei profitti sulla base di informazioni complete, studi ispirati alla *behavioral economics* hanno evidenziato che, in condizioni di razionalità limitata, un sistema di sconti

[14] In presenza di incrementi contenuti del tasso di sconto in corrispondenza delle diverse soglie, un sistema basato su una griglia standardizzata tende ad avere un effetto analogo a quello degli sconti incrementali, in quanto il raggiungimento di ciascuna soglia non comporta una discontinuità significativa nel livello della spesa complessiva dell'acquirente: cfr. H. ZENGER, *op. cit.*; S. ALBAEK-A. CLAICI, *The Velux case – an in-depth look at rebates and more*, in *Competition Policy Newsletter*, 2009, 44.

fidelizzanti potrebbe generare una riluttanza degli acquirenti a rinunciare al beneficio, inducendoli a non cambiare fornitore anche quando sarebbe conveniente farlo. Oltre a favorire scelte sub-ottimali degli acquirenti, la riluttanza a cambiare fornitore potrebbe rafforzare i possibili effetti escludenti della pratica[15].

2.1.2. Gli sconti fidelizzanti incrementali

In confronto ai sistemi di sconti retroattivi, gli sconti fedeltà, *target* e quantità di carattere incrementale destano minori preoccupazioni sul piano concorrenziale. Nella maggior parte dei casi, i sistemi di sconti incrementali integrano una classica forma di concorrenza fondata sulle prestazioni, che mira a espandere le vendite mediante l'offerta di condizioni particolarmente vantaggiose per gli acquisti superiori a una determinata soglia.

In effetti, sul piano economico, gli sconti incrementali e quelli retroattivi possono produrre effetti sostanzialmente equivalenti, posto che, in entrambi i casi, l'impresa dominante pratica un prezzo effettivo più basso per una determinata porzione della domanda del cliente. Il medesimo risultato economico può essere raggiunto mediante una riduzione retroattiva del prezzo o uno sconto incrementale di ammontare percentuale più elevato. Tuttavia, nel secondo caso, l'offerta di condizioni predatorie al margine è più agevolmente visibile, posto che il prezzo effettivo delle unità marginali coincide con quello scontato.

Gli sconti incrementali possono destare maggiori preoccupazioni sul piano concorrenziale allorché le imprese rivali non siano in grado di competere per l'intero fabbisogno dei singoli clienti. In tali ipotesi, un sistema di sconti incrementali potrebbe facilitare l'attuazione di strategie predatorie, poiché consente all'impresa egemone di compensare le perdite derivanti dalle vendite marginali, esposte alla pressione concorrenziale dei rivali, mediante i profitti incamerati sulla base inelastica della domanda del cliente[16]. L'impresa

---

[15] Cfr. M. BECKENKAMP-F.P. MAIER-RIGAUD, *An Experimental Investigation of Article 82 Rebate Schemes*, in *Competition Law Review*, 2006, 1; per un'analisi dell'impatto di un sistema di sconti fidelizzanti sulle scelte dei consumatori, cfr. A. MORELL-A. GLÖCKNER-E. TOWFIGH, *Sticky Rebates: Target Rebates Induce Non-Rational Loyalty in Consumers*, in 2010, MPI Collective Goods Preprint, No. 2009/23, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=1443783. Peraltro, le indagini empiriche sul punto sono ancora relativamente poco sviluppate.

[16] Nel complesso, la strategia si rivela profittevole per l'impresa dominante, poiché il prezzo medio è superiore al livello dei costi, ma lo sconto predatorio, mirato specificamente alla porzione contendibile della domanda del cliente, preclude ai rivali gli sbocchi al mercato. Per un'articolata analisi delle problematiche sollevate dall'accertamento della natura predatoria degli sconti incrementali, cfr. A. MAJUMDAR-S. BISHOP-D. RIDYARD-I. WILLIAMS-U. AKGUN, *op. cit.*

dominante potrebbe fissare la soglia a un livello corrispondente agli acquisti che il cliente effettuerebbe in ogni caso dalla stessa, in modo da indurlo ad acquistare ulteriori unità dal medesimo fornitore, precludendo l'accesso dei concorrenti al mercato, ma minimizzando, al contempo, i costi della strategia predatoria. Peraltro, ove il prezzo finale non varchi la soglia della predatorietà, un sistema di sconti applicati al solo fatturato incrementale non impedirebbe a un rivale altrettanto efficiente di competere per le unità marginali del fabbisogno del cliente.

Il potenziale escludente degli sconti incrementali tende a essere maggiore quando l'obiettivo d'acquisto coincide con la quota non contendibile del fabbisogno del singolo cliente. Obiettivi d'acquisto inferiori alla quota non contendibile della domanda del cliente comporterebbero un sacrificio di profitti non necessario a sottrarre quote di mercato ai rivali, accrescendo i costi complessivi della strategia predatoria. Per converso, in caso di obiettivi d'acquisto superiori alla quota non contendibile della domanda del cliente, un sistema di sconti incrementali di carattere predatorio non comporterebbe necessariamente l'esclusione di concorrenti altrettanto efficienti sul piano produttivo, in quanto i rivali potrebbero essere in grado di formulare un'offerta competitiva, distribuendo lo sconto complessivo concesso dall'impresa dominante non soltanto sulle unità incrementali offerte a un prezzo scontato, ma anche sulle ulteriori unità contendibili al di sotto della soglia[17].

Mediante un sistema di sconti fedeltà o *target* incrementali, l'impresa dominante può modulare le soglie d'acquisto in funzione delle caratteristiche della domanda dei singoli clienti, in modo da concentrare gli sconti sulla porzione effettivamente contendibile del loro fabbisogno. Per contro, gli sconti incrementali basati su soglie standardizzate (sconti quantitativi incrementali) tendono ad avere un minor potenziale escludente, posto che, in presenza di clienti aventi caratteristiche differenziate, le soglie potrebbero non corrispondere al quantitativo contendibile del fabbisogno dei diversi acquirenti.

[17] S'ipotizzi che il costo di produzione del prodotto offerto da un'impresa dominante sia pari a 8. L'impresa egemone commercializza il prodotto al prezzo di 10, ma offre uno sconto pari al 30% sulle unità incrementali, in caso di superamento della soglia di 80 unità nell'arco di un anno. Assumendo che un cliente abbia un fabbisogno di 100 unità, 60 delle quali non sono contendibili, un concorrente potrebbe tentare di compensare l'acquirente per la perdita dello sconto complessivo offerto dall'impresa dominante (pari a 60), distribuendo tale onere finanziario sulle 40 unità contendibili della domanda dell'acquirente interessato. Sebbene il prezzo scontato offerto dall'impresa egemone per le 20 unità incrementali, pari a 7, sia inferiore al livello dei costi, un concorrente efficiente potrebbe formulare un'offerta competitiva, praticando un prezzo pari a 8,5 per le 40 unità contendibili del fabbisogno del cliente.

2.2. La restrizione della concorrenza interbrand

In alcuni casi, l'adozione di un sistema di sconti fidelizzanti può attenuare la tensione competitiva, a prescindere dall'eventuale esclusione dei rivali. Gli sconti fidelizzanti di carattere retroattivo possono generare incertezza circa il livello dei prezzi finali, non conoscibili con esattezza sino al termine del periodo di riferimento: oltre a poter accrescere, sul piano psicologico, la pressione sui clienti, inducendoli a privilegiare i prodotti dell'impresa dominante per raggiungere le soglie di fatturato[18], tale incertezza potrebbe affievolire la concorrenza tra beni o servizi di marche diverse, ostacolando il confronto tra i prezzi dell'impresa egemone e le offerte concorrenti[19].

Inoltre, legando i rivenditori a un determinato fornitore in esclusiva totale o parziale, gli sconti fidelizzanti affievoliscono la pressione esercitata dall'*in-store interbrand competition* e, in tal modo, possono ridurre l'elasticità percepita della domanda, assecondando un innalzamento del livello dei prezzi[20]. Analogamente, la creazione di costi di sostituzione contribuisce a rendere la domanda dei clienti meno elastica e, per tale via, può favorire il raggiungimento di prezzi d'equilibrio più elevati, a detrimento degli interessi dei consumatori[21].

Nella letteratura più recente, sono stati elaborati alcuni modelli economici volti a dimostrare come, anche a prescindere dai possibili effetti escludenti nei confronti dei rivali, gli sconti fidelizzanti possano restringere la concorrenza, disincentivando la riduzione dei prezzi, quando il sistema è strutturato in modo da garantire ai clienti fedeli un determinato differenziale di prezzo rispetto alle condizioni praticate agli altri acquirenti[22]. Infatti, un sistema

---

[18] Cfr. L. GYSELEN, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?*, in C.D. EHLERMANN-I. ATANASIU (a cura di), *European Competition Law Annual 2003: What is an abuse of a dominant position?*, Hart Publishing, Oxford, 2006, 287.

[19] Cfr. N. ECONOMIDES, *Loyalty/requirement rebates and the Antitrust Modernization Commission: What is the appropriate liability standard?*, cit.

[20] Cfr., in tema di *exclusive dealing*, Y.J. LIN, *The Dampening of Competition Effect of Exclusive Dealing*, in *Journal of Industrial Economics*, 1990, 209.

[21] Cfr. P. KLEMPERER, *The Competitiveness of Markets with Switching Costs*, in *RAND Journal of Economics*, 1987, 138.

[22] Cfr. E. ELHAUGE, *How Loyalty Discounts Can Perversely Discourage Discounting*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2009, 189; E.R. ELHAUGE-A.L. WICKELGREN, *Anti-Competitive Exclusion and Market Division Through Loyalty Discounts*, University of Texas Law, Law and Economics Research Paper No. 216, 2011, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=1937658; E.R. ELHAUGE-A.L. WICKELGREN, *Robust Exclusion through Loyalty Discounts with Buyer Commitment*, Harvard Discussion Paper No. 722, 2012, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=2125398; E.R. ELHAUGE-A.L. WICKELGREN, *Anticompetitive Market Division through Loyalty Discounts without Buyer*

di sconti strutturato in tal modo limita gli incentivi dell'impresa egemone a competere per i clienti che non hanno aderito allo schema, giacché un'eventuale riduzione del prezzo offerto a questi ultimi comporterebbe, al contempo, un abbassamento di quello praticato agli acquirenti fedeli. L'affievolimento della pressione competitiva esercitata dall'impresa dominante ridurrebbe, a sua volta, gli incentivi del rivale a competere per i clienti che non hanno aderito al sistema di sconti. Il risultato potrebbe essere un incremento del livello dei prezzi e una tacita ripartizione del mercato tra l'impresa dominante e il rivale, che potrebbero esercitare potere di mercato, rispettivamente, sui clienti che hanno aderito al sistema – cui è offerto, in realtà, uno sconto fittizio, perché assorbito dall'incremento del prezzo iniziale – e su quelli rimanenti[23]. Gli effetti restrittivi potrebbero essere ancor più significativi nel caso in cui diversi fornitori usino un sistema di sconti fidelizzanti.

In tali modelli, peraltro, la riduzione degli incentivi dell'impresa dominante a competere si ricollega non tanto all'offerta degli sconti, quanto all'esistenza di un serio e credibile impegno a mantenere un differenziale di prezzo tra i clienti fedeli e quelli rimanenti, garantendo ai primi condizioni più convenienti di quelle praticate ai secondi, in una misura corrispondente al tasso di sconto concesso[24]. Infatti, tale impegno – e non la concessione degli sconti in

---

Commitment, Harvard Discussion Paper No. 723, 2012, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=2125428. Sui rischi di facilitazione della collusione legati all'utilizzo di sistemi di sconti fidelizzanti, cfr. anche Y. FONG-Q. LIU, *Loyalty Rewards Facilitate Collusion*, in *Journal of Economics & Management Strategy*, 2011, 739.

[23] Di conseguenza, effetti restrittivi potrebbero verificarsi anche quando il sistema di sconti copra soltanto una minoranza della clientela e, comunque, non vi sia un'apprezzabile preclusione dell'accesso al mercato. Sebbene i clienti siano collettivamente pregiudicati dallo sfruttamento del potere di mercato, l'impresa fornitrice potrebbe comunque indurre gli stessi ad aderire al sistema di sconti, facendo leva su un'esternalità negativa. Infatti, quando un cliente aderisce al sistema di sconti, i costi derivanti dall'attenuazione della pressione competitiva sono sofferti non soltanto dallo stesso, ma anche dagli altri acquirenti. Di conseguenza, l'impresa fornitrice è in grado d'offrire al singolo cliente un compenso sufficiente a convincerlo ad aderire al sistema di sconti, perché non deve compensarlo per le perdite sofferte dagli altri acquirenti. Cfr. E.R. ELHAUGE-A.L. WICKELGREN, *Anticompetitive Market Division through Loyalty Discounts without Buyer Commitment*, cit.

[24] Tale impegno determina effetti analoghi a quelli di una clausola *most favored customer* (MFC), in forza della quale il fornitore è obbligato a garantire all'acquirente la possibilità di beneficiare dell'eventuale prezzo più basso offerto ad altri clienti. Cfr. A. EILAT-J. JAYARATNE-J.A. ORDOVER-G. SHAFFER, *How Loyalty Discounts Can Perversely Discourage Discounting: Comment*, in *CPI Antitrust Journal*, aprile 2010 (1). Sebbene l'impegno a garantire un differenziale di prezzo tra i clienti fedeli e gli altri sia considerato la caratteristica saliente dei sistemi di sconti fidelizzanti da E.R. ELHAUGE-A.L. WICKELGREN, *Anticompetitive Market Division through Loyalty Discounts without Buyer Commitment*, cit., lo stesso non sembra ricorrere nella normalità dei casi trattati dalle corti e dalle autorità antitrust. Sugli effetti delle clausole MFC come pratiche facilitanti di equilibri collusivi, cfr., *inter alia*, T.E. COOPER, *Most*

quanto tale – rende costosa l'attuazione di iniziative concorrenziali volte ad assicurarsi i clienti che non hanno aderito al sistema di sconti, riducendo gli incentivi a competere dell'impresa dominante e, di riflesso, dei rivali.

2.3. Ulteriori possibili spiegazioni e guadagni d'efficienza

Lo scenario delineato nei paragrafi che precedono assume tonalità meno fosche se si considerano le possibili virtù redimenti delle politiche di sconti condizionati[25]. Il più diretto e immediato beneficio generato dalla concessione di sconti fidelizzanti è, in linea di principio, una riduzione del livello dei prezzi[26], che si traduce in un vantaggio di breve periodo per i consumatori[27]. Tuttavia, anche nel breve periodo, la pratica non avvantaggia necessariamente i consumatori, posto che la concessione degli sconti potrebbe accompagnarsi a un incremento dei prezzi iniziali (*penalty prices*). Ove la concessione degli sconti si riveli in tutto o in parte fittizia, il sistema avrebbe effetti ambigui sull'efficienza allocativa e sul benessere dei consumatori, in quanto penalizzerebbe gli acquirenti incapaci di raggiungere le soglie, senza avvantaggiare necessariamente gli altri clienti[28].

Favored-Customer Pricing and Tacit Collusion, in *RAND Journal of Economics*, 1986, 377; S.C. SALOP, *Practices that (Credibly) Facilitate Oligopoly Coordination*, in J STIGLITZ-F. MATHEWSON (a cura di), *New Developments in the Analysis of Market Structure*, MIT Press, Cambridge, 1986, 265.

[25] Per una discussione delle possibili giustificazioni commerciali per l'impiego della pratica, con riferimento tanto alle vendite ai clienti finali, quanto alle relazioni coi distributori, cfr., *ex multis*, D. SPECTOR, *Loyalty Rebates and Related Pricing Practices: When Should Competition Authorities Worry?*, in D.S. EVANS-A.J. PADILLA (a cura di), *Global Competition Policy – Economic Issues and Impact*, LECG, Brussels, 2004, 317, nonché A. MAJUMDAR-S. BISHOP-D. RIDYARD-I. WILLIAMS-U. AKGUN, *op. cit.* Peraltro, parte della dottrina ha espresso il proprio scetticismo nei confronti delle letture indulgenti degli effetti della pratica, sull'assunto dell'esistenza di strumenti alternativi altrettanto efficaci, ma meno restrittivi degli sconti fidelizzanti: cfr. F.P. MAIER-RIGAUD, *Article 82 Rebates: Four Common Fallacies*, in *European Competition Journal*, 2006, 85.

[26] Cfr., *inter alia*, G. HEWITT, *Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates – Background Note*, in *Journal of Competition Law and Policy*, 2003, 244; R. O'DONOGHUE, *Over-regulating Lower Prices: Time for a Rethink on Pricing Abuses under Article 82 EC*, in C.D. EHLERMANN-I. ATANASIU (a cura di), *op. cit.*, 371; L. KJØLBYE, *Rebates under Article 82 EC: Navigating Uncertain Waters*, in *European Competition Law Review*, 2010, 66.

[27] In caso di sconti concessi ad acquirenti intermedi, questi ultimi dovrebbero avere un incentivo a trasferire almeno parte del beneficio ai consumatori, posto che la riduzione del prezzo unitario si traduce in un abbassamento dei costi marginali: *id.*

[28] Cfr. P. GREENLEE-D. REITMAN, *Competing with Loyalty Discounts*, U.S. Department of Justice EAG Discussion Paper 04-2, 2005, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=502303; P. GREENLEE-D. REITMAN, *Distinguishing competitive and*

Peraltro, la possibilità che la concessione del beneficio si riveli in tutto o in parte fittizia non deve indurre a trascurare il ruolo degli sconti fidelizzanti come importante leva concorrenziale, che può intensificare la pressione competitiva e destabilizzare equilibri (tacitamente) collusivi, in particolare nei mercati oligopolistici, ove una riduzione lineare dei prezzi sarebbe più trasparente e potrebbe provocare una pronta reazione dei rivali[29].

Quando i clienti sono disposti a versare un corrispettivo inferiore per l'acquisto di unità aggiuntive, un sistema di sconti fidelizzanti consente di praticare, per queste ultime, un prezzo più basso di quello applicato alle precedenti unità: ciò permette al fornitore d'estrarre una porzione maggiore del *surplus* degli acquirenti, ma determina, al contempo, un aumento dell'*output* e un'intensificazione della pressione competitiva[30]. Infatti, mentre un abbassamento lineare del prezzo comporta una riduzione dei ricavi su tutte le unità, un sistema di sconti fidelizzanti consente di continuare a praticare un prezzo effettivo più elevato per le unità inframarginali. Non essendo costretta ad abbassare il prezzo delle unità inframarginali, l'impresa dominante ha maggiori incentivi a competere vigorosamente al margine, con conseguente intensificazione della pressione competitiva[31]. Nel complesso, gli effetti sui consumatori possono essere positivi, soprattutto quando i rivali sono in grado d'esercitare, a loro volta, un'adeguata pressione competitiva, perché non hanno significativi svantaggi di costo e offrono stretti sostituti dei prodotti dell'impresa dominante[32].

Nei mercati con alti costi fissi, poi, il costo unitario – e quindi il prezzo che un'impresa può offrire – dipende dai volumi complessivi venduti, che non sono noti *ex ante*. Aumentando la prevedibilità della domanda dei singoli clienti

---

exclusionary uses of loyalty discounts, in *Antitrust Bulletin*, 2005, 441. Sull'uso degli sconti fidelizzanti come penale per la mancata fedeltà del cliente, cfr. anche, *inter alia*, E. ELHAUGE, *Loyalty Discounts and Naked Exclusion*, 2008, disponibile sul sito Internet http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1396&context=harvard_olin, e ID., *How Loyalty Discounts Can Perversely Discourage Discounting*, cit.

[29] Cfr. J. KALLAUGHER-B. SHER, *op. cit.*

[30] Cfr. H. ZENGER, *Loyalty Rebates and the Competitive Process*, 2012, disponibile sul sito Internet http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2019185.

[31] *Ibid.* Sull'intensificazione della pressione competitiva derivante dall'offerta di prezzi individualizzati, cfr. J.C. COOPER-L. FROEB-D.P. O'BRIEN-S. TSCHANTZ, *Does Price Discrimination Intensify Competition? Implications for Antitrust*, in *Antitrust Law Journal*, 2005, 327; F. VERBOVEN, *Price Discrimination (Empirical Studies)*, in S.N. DURLAUF-L.E. BLUME (a cura di), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, Macmillan, Londra, 2008.

[32] Cfr. G. CALZOLARI-V. DENICOLÒ, *Competitive quantity discounts*, CEPR Discussion Paper No. DP8144, 2011, disponibile sul sito Internet http://www2.dse.unibo.it/calzolari/web/papers/Competitive%20quantity%20discounts%20Calzolari%20Denicolo.pdf.

per i propri prodotti, un sistema di sconti fidelizzanti consente all'impresa dominante di pianificare le vendite con maggior certezza e fissare un prezzo che tenga conto delle verosimili economie di scala che saranno realizzate[33].

Inoltre, la concessione di sconti in cambio dell'approvvigionamento per la totalità o la maggior parte del fabbisogno può rappresentare una forma di concorrenza per assicurarsi una distribuzione preferenziale per i propri prodotti. Quando i distributori dispongono di una clientela fidelizzata e possono trasferire una quota delle loro vendite a un determinato fornitore attribuendogli una posizione preferenziale, ad esempio tramite un'esclusiva totale o parziale o un miglior posizionamento nei locali commerciali, i produttori possono competere per tale porzione del volume d'affari dei rivenditori tramite l'offerta di sconti e pagamenti anticipati, in modo da convincerli a scegliere i loro beni o servizi[34].

In generale, in presenza di clienti di significative dimensioni e dotati di un forte potere contrattuale, l'adozione di un sistema di sconti fidelizzanti potrebbe rappresentare non già l'iniziativa unilaterale di un'impresa per accrescere il proprio potere di mercato, bensì una scelta indotta dal *buying power* di acquirenti particolarmente importanti, che potrebbero utilizzare la

[33] Cfr. H.J. HOVENKAMP, *The Obama Administration and Section 2 of the Sherman Act*, in *Boston University Law Review*, 2010, 1611; ID., *Harvard, Chicago, and Transaction Cost Economics in Antitrust Analysis*, cit.

[34] L'offerta di una distribuzione preferenziale da parte dei rivenditori determina un incremento dell'elasticità della domanda fronteggiata dai produttori, che avranno quindi interesse a ridurre i propri prezzi. La pressione competitiva nel settore distributivo dovrebbe assicurare il trasferimento di buona parte dei benefici ai consumatori tramite prezzi finali più bassi. In tale ottica, i rivenditori fungerebbero, di fatto, da agenti dei consumatori nella negoziazione coi fornitori, accettando una riduzione della varietà di scelta in cambio di prezzi più bassi, quando i clienti finali, nel complesso, preferirebbero condizioni più convenienti alla disponibilità di un maggior numero di prodotti. Sulle dinamiche pro-competitive innescate dal confronto per assicurarsi il fabbisogno di un distributore, cfr. B. KLEIN-K.M. MURPHY, *Exclusive Dealing Intensifies Competition for Distribution*, in *Antitrust Law Journal*, 2008, 433; B. KLEIN, *Exclusive Dealing as Competition for Distribution on the Merits*, in *George Mason Law Review*, 2004, 119; in senso critico, cfr. D. FLORES, *Exclusive Dealing Intensifies Competition for Distribution: Comment*, 2010, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=1542695; per alcune limitazioni della teoria della concessione dell'esclusiva come strumento per intensificare il confronto competitivo, cfr. H. ZENGER, *When Does Exclusive Dealing Intensify Competition for Distribution*, in *Antitrust Law Journal*, 2010, 205, nonché la risposta a quest'ultimo fornita da B. KLEIN-K.M. MURPHY, *How Exclusivity is Used to Intensify Competition for Distribution – Reply to Zenger*, in *Antitrust Law Journal*, 2011, 691.

concessione dell'esclusiva come leva negoziale per ottenere condizioni preferenziali[35].

Un sistema di sconti fidelizzanti potrebbe essere utilizzato, altresì, per attuare forme di discriminazione di secondo grado, che possono avere effetti espansivi sulle vendite e generare efficienze[36]. Ove sia difficile identificare i clienti dalla domanda più elastica, l'offerta di sconti fidelizzanti potrebbe consentire l'auto-selezione da parte degli acquirenti, dandogli la possibilità di beneficiare di un prezzo più basso[37]. Ad esempio, se i clienti disposti a pagare meno per le singole unità sono quelli con un fabbisogno più elevato, un sistema di sconti legati ai volumi d'acquisto consente di praticare un prezzo medio più basso agli acquirenti che attribuiscono minor valore al prodotto[38].

Inoltre, l'impiego di sconti fidelizzanti potrebbe essere del tutto razionale e giustificato in mercati con ingenti costi fissi, nei quali ogni vendita incrementale che copre i costi marginali contribuisce a migliorare la profittabilità di un'impresa e, sul piano sociale, favorisce una più efficiente allocazione delle risorse, nello spirito del *Ramsey pricing*. La pratica consente di vendere unità aggiuntive dei prodotti interessati ai clienti che attribuiscono agli stessi un valore superiore al loro costo marginale e contribuisce alla copertura dei costi fissi, accrescendo gli incentivi delle imprese a investire e innovare[39].

---

[35] Cfr. A. MAJUMDAR-S. BISHOP-D. RIDYARD-I. WILLIAMS-U. AKGUN, *op. cit.*; C. AHLBORN-D. BAILEY, *Discounts and Selective Pricing by Dominant Firms: A Trans-Atlantic Comparison*, in *European Competition Journal*, 2006, 101.

[36] Sugli effetti della discriminazione di prezzo, con particolare riferimento alla stadio intermedio, cfr. R. INDERST-G. SHAFFER, *Market Power, Price Discrimination, and Allocative Efficiency in Intermediate-Goods Markets*, in *RAND Journal of Economics*, 2009, 658.

[37] Cfr. A. PERA-V. AURICCHIO, *op. cit.* S. KOLAY-G. SHAFFER-J. ORDOVER, *All-unit Discounts in Retail Contracts*, in *Journal of Economics & Management Strategy*, 2004, 429, dimostrano come gli sconti retroattivi possano essere uno strumento efficiente per attuare forme di discriminazione tra i rivenditori.

[38] Peraltro, l'introduzione del sistema di sconti potrebbe accompagnarsi a un incremento del prezzo iniziale, con conseguente pregiudizio per i clienti che attribuiscono maggior valore al prodotto. In tal caso, oltre a generare un conflitto tra i due diversi gruppi di clienti, la pratica potrebbe avere effetti ambigui sul benessere dei consumatori e della collettività.

[39] Sul punto, cfr. D. RIDYARD, *Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses Under Article 82: An Economic Analysis*, in *European Competition Law Review*, 2002, 286, nonché D. SPECTOR, *Loyalty Rebates and Related Pricing Practices: When Should Competition Authorities Worry?*, cit. Nella letteratura economica, inoltre, è stato evidenziato che un produttore potrebbe utilizzare un sistema di sconti legati ai volumi di acquisti per estrarre parte della rendita dei rivali. Riducendo la domanda residua degli acquirenti, infatti, il sistema di sconti può rafforzare la posizione negoziale di questi ultimi nei confronti degli altri fornitori, permettendogli di ottenere condizioni più vantaggiose. In tal caso, il sistema potrebbe produrre effetti redistributivi a vantaggio dell'impresa dominante, che potrebbe estrarre, tramite la leva del prezzo, i maggiori

Gli sconti fidelizzanti possono costituire, altresì, uno strumento per migliorare il coordinamento all'interno della catena tecnico-distributiva e risolvere problemi di *principal-agent*, a beneficio non soltanto delle imprese interessate, ma anche dei consumatori[40]. In particolare, la pratica potrebbe essere utilizzata per incentivare gli sforzi promozionali e la prestazione di servizi nella fase distributiva, sì da realizzare una miglior penetrazione commerciale. Un sistema di sconti fidelizzanti potrebbe rappresentare uno strumento efficace e relativamente poco oneroso per incentivare gli sforzi di vendita, poiché rende il prezzo medio praticato ai distributori (variabile che determina l'ammontare dei profitti del fornitore) maggiore di quello marginale (fattore che incide sul comportamento dei rivenditori e, in particolare, sugli sforzi promozionali intesi a vendere unità incrementali)[41]. Sebbene lo svolgimento di alcune tipologie di attività promozionali possa essere oggetto di pattuizione negoziale *ad hoc*, un sistema di incentivi può rappresentare un

---

profitti conseguiti dagli acquirenti nelle negoziazioni con gli altri fornitori, ma non inciderebbe sul benessere sociale: cfr. L.M. MARX-G. SHAFFER, *Rent Shifting, Exclusion, and Market-Share Discounts*, 2004, disponibile sul sito Internet www.faculty.fuqua.duke.edu/~marx/bio/papers/rentshift.pdf.

[40] Sotto tale punto di vista, un sistema di sconti fidelizzanti può consentire di raggiungere i medesimi guadagni d'efficienza associati all'*exclusive dealing*. Sulle virtù efficientistiche degli accordi d'acquisto esclusivo, cfr., tra gli altri, H.P. MARVEL, *Exclusive Dealing*, in *Journal of Law & Economics*, 1982, 1; R.M. STEUER, *Exclusive Dealing in Distribution*, in *Cornell Law Review*, 1983, 101; S.I. ORNSTEIN, *Exclusive Dealing and Antitrust*, in *Antitrust Bulletin*, 1989, 65; P.W. DOBSON-M. WATERSON, *Vertical Restraints and Competition Policy*, Office of Fair Trading, Research Paper 12, Londra, 1996, 16, disponibile sul sito Internet http://wrap.warwick.ac.uk/19/1/WRAP_Waterson_oft177.pdf; J.B. HEIDE-S. DUTTA-M. BERGEN, *Exclusive Dealing and Business Efficiency: Evidence from Industry Practice*, in *Journal of Law & Economics*, 1998, 387; R.M. STEUER, *Customer-Instigated Exclusive Dealing*, in *Antitrust Law Journal*, 2000, 239; I.R. SEGAL-M.D. WHINSTON, *Exclusive Contracts and Protection of Investments*, in *RAND Journal of Economics*, 2000, 603; A.F. ABBOTT-J.D. WRIGHT, *Antitrust Analysis of Tying Arrangements and Exclusive Dealing*, in K.N. HYLTON (a cura di), *Antitrust Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2010, 183; in particolare, sull'uso degli sconti fidelizzanti come strumento di controllo all'interno della catena di produzione, cfr. A.I. GAVIL, *op. cit.*

[41] L'utilizzo di altre forme di *nonlinear pricing*, come una *two-part tariff* che abbini un prezzo unitario, pari al CM, al pagamento di una *fee*, consentirebbe di conseguire il medesimo risultato, ma potrebbe rappresentare un'opzione difficilmente praticabile, a causa delle diverse dimensioni dei distributori e della possibile incertezza circa l'effettivo livello della domanda: cfr. D. SPECTOR, *Loyalty Rebates and Related Pricing Practices: When Should Competition Authorities Worry?*, cit. Sulla funzione promozionale degli sconti fidelizzanti, cfr., altresì, D.E. MILLS, *Market Share Discounts*, 2004, disponibile sul sito Internet http://www.virginia.edu/; OECD, *Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates*, cit.; B. KLEIN-A.V. LERNER, *The Expanded Economics of Free-Riding: How Exclusive Dealing Prevents Free-Riding and Creates Undivided Loyalty*, in *Antitrust Law Journal*, 2007, 473.

mezzo più efficace e meno intrusivo per assicurarsi gli sforzi di vendita del distributore, ove quest'ultimo sia in una posizione migliore per valutare, in concreto, le iniziative da attuare, oppure monitorare il rispetto degli obblighi contrattuali sia complesso e dispendioso[42].

Mediante la pratica in esame, inoltre, un'impresa dominante potrebbe tentare di risolvere i problemi di doppia marginalizzazione cagionati dalla presenza di potere di mercato a due diversi stadi verticalmente collegati. Ove sia il produttore che il distributore siano dotati di un significativo potere di mercato, il ricarico praticato da ciascun operatore può condurre a un prezzo finale superiore a quello che massimizzerebbe i profitti complessivi della catena tecnico-distributiva. Per porre rimedio a tale problema, il produttore potrebbe instaurare un sistema di sconti fidelizzanti retroattivi, modulando le soglie d'acquisto, al cui raggiungimento è condizionata la concessione del beneficio, in modo da indurre il rivenditore a fissare un prezzo più basso, che consente di massimizzare i profitti della catena tecnico-distributiva a beneficio delle imprese interessate[43], ma avvantaggia anche i consumatori[44].

Ancora, ove un'impresa debba effettuare ingenti investimenti specifici per soddisfare le esigenze di uno o più clienti determinati, un sistema di sconti fidelizzanti può costituire un'opzione – meno restrittiva di un espresso vincolo d'esclusiva – per rassicurare il fornitore circa l'effettivo recupero degli esborsi[45]. Un sistema di sconti fidelizzanti potrebbe costituire un efficace strumento per incentivare il cliente a continuare a rifornirsi presso l'impresa interessata e per ripartire i rischi connessi agli investimenti specifici, imponendo alla controparte il pagamento di prezzi più elevati in caso di riduzione degli acquisti al di sotto dei volumi preventivati.

Analogamente, qualora il produttore abbia effettuato investimenti per migliorare la capacità distributiva dei rivenditori – ad esempio, mediante la

---

[42] Cfr. D.E. MILLS, *op. cit.*; J. KALLAUGHER-B. SHER, *op. cit.*; A. MAJUMDAR-S. BISHOP-D. RIDYARD-I. WILLIAMS-U. AKGUN, *op. cit.*; B. KLEIN-A.V. LERNER, *The Expanded Economics of Free-Riding: How Exclusive Dealing Prevents Free-Riding and Creates Undivided Loyalty*, cit.

[43] Al contempo, il riconoscimento dello sconto retroattivo consente di ripartire i profitti tra le imprese interessate: cfr. S. KOLAY-G. SHAFFER-J. ORDOVER, *op. cit.*

[44] Sull'uso degli sconti fidelizzanti come strumento per risolvere problemi di doppia marginalizzazione, cfr. S. BISHOP, *Delivering Benefits to Consumers or Per Se Illegal? Assessing the Competitive Effects of Loyalty Rebates*, in *The Pros and Cons of Price Discrimination*, Konkurrensverket - Swedish Competition Authority, 2005, 65, disponibile sul sito Internet http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/Pros&Cons/rap_pros_and_cons_pricediscrimination.pdf; B.H. KOBAYASHI, *The Economics of Loyalty Discounts and Antitrust Law in the United States*, in *Competition Policy International*, 2005, 115; H. HOVENKAMP, *Harvard, Chicago, and Transaction Cost Economics in Antitrust Analysis*, cit.

[45] In tal senso, cfr. J. TEMPLE LANG-R. O'DONOGHUE, *op. cit.*; H. ZENGER, *op. cit.*

concessione di finanziamenti, il trasferimento di *know-how* o lo svolgimento di corsi di formazione –, un sistema di sconti fidelizzanti potrebbe essere utilizzato, in alternativa a un espresso impegno d'esclusiva, per prevenire fenomeni di *free-riding* da parte di fornitori concorrenti, che potrebbero approfittare degli sforzi altrui avvalendosi dei medesimi canali di distribuzione[46].

3. L'esperienza statunitense

Sebbene Director e Levi avessero ammonito, sin dal 1956, che gli sconti praticati da un'impresa dominante possono avere ripercussioni anticoncorrenziali[47], la prevalente giurisprudenza statunitense si è attestata su posizioni particolarmente caute nell'analisi delle pratiche fidelizzanti, facendo leva sulla forte presunzione di liceità che accompagna i prezzi non predatori[48]. Nel Section 2 Report, pur riconoscendo i potenziali effetti escludenti degli sconti fidelizzanti, il Department of Justice (DOJ) ha manifestato un'analoga cautela. Negli ultimi anni, peraltro, la figura degli sconti fidelizzanti, oltre a essere stata oggetto di diverse pronunzie delle corti inferiori, è stata al centro di importanti iniziative d'*enforcement* delle autorità antitrust statunitensi, che testimoniano una rinnovata enfasi sul controllo delle condotte monopolistiche e una crescente consapevolezza dei rischi legati all'attuazione di simili politiche di prezzo.

3.1. Gli sconti fidelizzanti nella giurisprudenza nordamericana

Nel diritto antitrust statunitense, le forme di *above cost pricing* sono state generalmente considerate lecite *per se*. Nel 1987, in *Henry v. Chloride*, la Corte d'Appello per l'Ottavo Circuito ha sottolineato che «*nonpredatory price*

---

[46] Cfr. D. SPECTOR, *Loyalty Rebates and Related Pricing Practices: When Should Competition Authorities Worry?*, cit.; H. MARVEL, *op. cit.*

[47] Cfr. A. DIRECTOR-E. LEVI, *Law and the Future: Trade Regulation*, in *Northwestern University Law Review*, 1956, 281.

[48] Sull'esperienza statunitense in tema di sconti fidelizzanti, cfr., *inter alia*, B.H. KOBAYASHI, *The Economics of Loyalty Discounts and Antitrust Law in the United States*, cit.; R.A. DUNCAN-B.S. MCCORMAC, *Loyalty & Fidelity Discounts & Rebates In The U.S. & EU: Will Divergence Occur Over Cost-Based Standards of Liability?*, in *Sedona Conference Journal*, 2008, 133; J.M. BONA, *Loyalty Discounts and the FTC's Lawsuit against Intel*, in *The Journal of the Antitrust and Unfair Competition Law Section of the State Bar of California*, 2010, 6; sulla possibilità di assimilare gli sconti fidelizzanti a categorie d'illecito antitrust comunemente accolte nella prassi nordamericana, cfr. S.P. GATES, *Antitrust and Rebates: A Study in Analogies*, 2009, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=1495342.

cuts are to be encouraged under antitrust law»[49], precisando che «*at some point, competitors should know for certain they are pricing legally, and … this point should be average total cost. In other words, prices above average total cost are legal per se*»[50]. Alcuni anni dopo, in *Brooke Group*, con sfoggio di disincantato realismo, la Corte Suprema ha spiegato che, in caso di sconti che non riducono i prezzi al di sotto dei costi, «*is beyond the practical ability of a judicial tribunal to control without courting intolerable risks of chilling legitimate price cutting*»[51]. Su tali basi, la Corte Suprema ha articolato il noto test di predatorietà, che richiede la prova dell'offerta di prezzi inferiori a un'appropriata misura dei costi e di una ragionevole possibilità di recupero delle perdite sofferte durante l'attuazione della strategia escludente.

Gli sconti di carattere fidelizzante sono stati oggetto di una serie di interventi delle corti inferiori, incentrati prevalentemente sul rischio d'esclusione dei rivali[52]. In *Barry Wright*, la Corte d'Appello per il Primo Circuito ha analizzato una pratica consistente nella concessione di un sconto rilevante, ma non predatorio, subordinatamente all'acquisto di quantitativi corrispondenti alla maggior parte del fabbisogno preventivato dell'acquirente in un arco temporale di due anni. Pur riconoscendo che, in linea teorica, sconti non predatori possono avere effetti anticompetitivi, la Corte d'Appello ha concluso che «*the Sherman Act does not make unlawful prices that exceed both incremental and average costs*», nel presupposto che vietare tali iniziative «*threatens to 'chill' highly desirable pro-competitive price cutting*»[53].

---

[49] *Henry v. Chloride, Inc.*, 809 F.2d 1334, 1344 (8th Cir. 1987).

[50] *Id*., 1346.

[51] *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 223 (1993); sulle virtù proconcorrenziali dell'*above-cost discounting*, cfr., altresì, *Matsushita Elec. Indus. Co.*, 475 U.S. 574, 594 (1896).

[52] Le azioni fondate sui possibili effetti discriminatori degli sconti fidelizzanti, in violazione del Robinson-Patman Act, hanno avuto scarso successo nella giurisprudenza nordamericana: cfr., in particolare, *Smith Wholesale Co. v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 477 F.3d 854 (6th Cir. 2007) e, per un'analisi dei principali casi, R.A. DUNCAN-B.S. MCCORMAC, *op. cit.* Nel 2000, la questione dei possibili effetti discriminatori è stata affrontata dalla Federal Trade Commission, che ha avviato una procedura nei confronti del principale produttore attivo nel settore delle spezie, accusato di aver cagionato una distorsione della *secondary-line competition*, accordando sconti particolari ai rivenditori a condizione che gli riservassero un'ampia porzione dei loro spazi espositivi: v. United States of America, before Federal Trade Commission, In the Matter of McCormick & Company, Inc., Docket No. C-3939. L'impresa interessata si è impegnata a rivedere la sua politica commerciale, tenendo conto dei rilievi mossi dalla Federal Trade Commission.

[53] *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227, 235-236 (1st Cir. 1983). Nel senso che gli sconti non predatori legati ai volumi acquistati sono compatibili con le norme antitrut, cfr. anche *Advo, Inc. v. Philadelphia Newspapers*, 51 F.3d 1191 (3d Cir. 1995).

In *Concord Boat*, pur non escludendo, in linea di principio, che un sistema di sconti fidelizzanti possa integrare una violazione delle norme antitrust, la Corte d'Appello per l'Ottavo Circuito ha ammonito che i ribassi di prezzo rappresentano «*the very essence of competition*», con la conseguenza che, se il corrispettivo scontato resta al di sopra del livello dei costi medi variabili, «*the plaintiff must overcome a strong presumption of legality by showing other factors indicating that the price charged is anticompetitive*»[54].

Nella specie, il principale produttore di motori per navi aveva attuato un sistema di *market share discount*, in forza del quale gli acquirenti ricevevano uno sconto percentuale retroattivo, che cresceva all'aumentare della quota del proprio fabbisogno soddisfatta dall'impresa dominante. Alcuni costruttori di navi avevano lamentato che gli sconti incentivavano a rifornirsi presso l'impresa dominante per una percentuale elevata del fabbisogno, impedendo al principale produttore concorrente di raggiungere le dimensioni minime efficienti, con conseguente incremento dei prezzi dei motori. La corte distrettuale ha accolto le rivendicazioni degli attori[55], ma la pronunzia di primo grado è stata rovesciata dalla Corte d'Appello per l'Ottavo Circuito. Quest'ultima ha notato, anzitutto, che il sistema non imponeva alcun vincolo d'esclusiva ai clienti, che erano liberi di scegliere le proprie fonti d'approvvigionamento e, di fatto, in alcuni casi avevano cambiato fornitore, rivolgendosi a produttori concorrenti in grado d'offrire sconti paragonabili[56]. Inoltre, nel mercato non sussistevano significative barriere all'accesso e, nei dieci anni d'applicazione del sistema, si erano verificati casi d'ingresso di nuovi operatori e alcune flessioni della quota dell'impresa egemone. Ciò posto, il giudice ha ritenuto che non vi fossero elementi sufficienti per concludere che il sistema di sconti avesse precluso l'accesso a una parte sostanziale del mercato, in violazione dell'art. 1 dello Sherman Act[57], né che la posizione dell'impresa egemone fosse stata raggiunta o mantenuta mediante il ricorso a mezzi diversi dalla *competition on the merits*, in contrasto con l'art. 2, perché i prezzi non erano sottocosto e il sistema di sconti non imponeva alcun vincolo d'esclusiva[58].

---

[54] *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F. 3d 1039, 1061, 1062 (8th Cir. 2000); in senso conforme, cfr. *Morgan v. Ponder*, 892 F.2d 1355, 1360 (8th Cir. 1989).

[55] *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 21 F. Supp. 2d 923 (E.D. Ark. 1998).

[56] Sul punto, cfr. *Western Parcel Express v. United Parcel Serv. of Am., Inc.*, 190 F.3d 974, 976 (9th Cir. 1999), ove la corte, nel confermare un *summary judgment* in favore del convenuto, ha sottolineato che, pur prevedendo la concessione di sconti legati ai volumi, gli accordi attribuivano ai clienti la facoltà di recedere in qualsiasi momento con un breve preavviso e non gli impedivano di stipulare accordi analoghi con altri operatori.

[57] *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F. 3d 1039, 1058, 1059 (8th Cir. 2000).

[58] *Id.*, 1061-1063.

In *British Airways*, un sistema di sconti e commissioni fidelizzanti applicato dalla compagnia di bandiera britannica, analogo a quello sanzionato dalla Commissione europea in un caso speculare[59], è stato giudicato lecito dalla Corte d'appello per il Secondo Circuito[60]. La Corte ha ritenuto che la pratica non integrasse un'intesa restrittiva a norma della sez. 1 dello Sherman Act, in quanto: (i) si trattava di una condotta essenzialmente unilaterale, non essendo stato assunto alcun impegno come contropartita per la concessione degli incentivi[61]; e (ii) sulla base degli elementi probatori disponibili, il sistema non aveva prodotto effetti anticoncorrenziali in termini di minor *output*, prezzi più elevati o peggioramento della qualità dei prodotti. Al contrario, la politica di incentivi palesava virtù pro-concorrenziali, posto che «*rewarding customer loyalty promotes competition on the merits*»[62]. Analizzando la pratica alla stregua del test di predatorietà, la Corte ha disatteso, altresì, la tesi secondo cui la politica di commissioni rischiava di monopolizzare il mercato in violazione dell'art. 2 dello Sherman Act, perché l'attrice non aveva provato l'offerta di prezzi inferiori al livello dei costi incrementali, né una ragionevole possibilità di *recoupment*[63].

Sebbene l'esito dei giudizi nei casi *Barry Wright*, *Concord Boat* e *British Airways* non fosse stato incoraggiante, i privati hanno continuato a portare all'attenzione delle corti inferiori alcune politiche di sconti fidelizzanti, riuscendo a ottenere pronunzie favorevoli in un limitato novero di casi. Anche nella prassi antitrust statunitense, infatti, è stato manifestato il timore che gli effetti escludenti della pratica siano legati non tanto al livello del prezzo finale, quanto alla struttura e al funzionamento del sistema di sconti. Sin dal primo caso *Microsoft*, il DOJ ha prospettato il rischio che un'impresa dotata di forte potere di mercato potesse utilizzare la base monopolizzata della domanda dei

[59] Sul punto, v. *infra*, § 4.1.2.

[60] *Virgin Atlantic Airways Ltd. v. British Airways PLC*, 257 F.3d 256 (2d Cir. 2001), che ha confermato *Virgin Atlantic Airways Ltd. v. British Airways PLC*, 69 F. Supp. 571 (S.D.N.Y. 1999).

[61] *Virgin Atlantic Airways Ltd. v. British Airways PLC*, 257 F.3d 256, 263 (2d Cir. 2001).

[62] *Id.*, 265.

[63] I consulenti di Virgin hanno sostenuto che la politica commerciale della compagnia di bandiera britannica avesse carattere predatorio, in quanto i ricavi incrementali generati dal sistema, al netto delle commissioni aggiuntive corrisposte ai rivenditori, non coprivano i costi sostenuti per la previsione di voli transatlantici necessari a gestire il maggior traffico derivante dall'utilizzo degli schemi d'incentivazione. La Corte ha ritenuto non sufficientemente dimostrato che la previsione di voli aggiuntivi da parte di British Airways fosse effettivamente riconducibile al maggior traffico generato dal sistema di commissioni fidelizzanti. *Id.*, 268.

clienti come leva per espandere le proprie vendite[64]. Analoghe preoccupazioni sono affiorate in *Minnesota Mining*, ove la corte ha negato un *summary judgment* in favore del convenuto, rilevando che sconti concessi sulla base inelastica della domanda potevano rendere più difficile, per i rivenditori, rivolgersi a fornitori alternativi[65].

In *R.J. Reynolds*, la corte distrettuale ha concesso, sulla base della sez. 1 dello Sherman Act, una *preliminary injunction* avverso un programma promozionale in forza del quale il principale produttore di sigarette, dotato di una quota di mercato pari al 50% circa, aveva riconosciuto sconti ai rivenditori che riservavano una larga percentuale dei loro spazi espositivi ai suoi prodotti[66]. Ad avviso della corte, il programma, che interessava un'elevata quota di spazi espositivi presso una significativa percentuale di punti vendita, minacciava la sopravvivenza dei rivali, ostacolandone la visibilità in un mercato ove le ordinarie forme di pubblicità erano bandite, con effetti restrittivi della concorrenza *interbrand* e riduzione delle possibilità di scelta dei consumatori[67]. Peraltro, il giudizio si è risolto con un *summary judgment* in favore della convenuta[68], successivamente confermato dalla Corte d'Appello per il Terzo Circuito, in considerazione dell'assenza di reali effetti anticoncorrenziali[69].

---

[64] «[W]*hile the Department recognizes that volume discount pricing can be and normally is pro-competitive, volume discounts can also be structured by a seller with monopoly power (such as Microsoft) in such a way that buyers, who must purchase some substantial quantity from the monopolist, effectively are coerced by the structure of the discount schedule (as opposed to the level of price) to buy all or substantially all the supplies they need from the monopolist*»: v. *United States v. Microsoft*, 59 Fed. Reg. 42,845, 42,854 (Aug. 19, 1994) (Proposed Final Judgment and Competitive Impact Statement). Nella specie, peraltro, l'Antitrust Division ha escluso la sussistenza di elementi probatori sufficienti a dimostrare che Microsoft avesse strutturato il suo sistema di sconti in modo da raggiungere un risultato anticoncorrenziale.

[65] *Minnesota Mining & Mfg. Co. v. Appleton Papers Inc.*, 35 F. Supp. 2d 1138, 1144 (D. Minn. 1999). Cfr., altresì, *Avery Dennison Corp. v. ACCO Brands, Inc.*, 2001–1 Trade Cas. (CCH) ¶72,882 (C.D. Cal. 2000), ove il giudice ha rigettato una richiesta di *summary judgment* in favore del convenuto, in un caso nel quale gli sconti *target* concessi ad alcuni clienti erano combinati con vincoli d'esclusiva imposti ad altri. Una richiesta di *summary judgment* in favore del convenuto è stata rigettata anche in *In re Hypodermic Products Antitrust Litigation*, No. 05-CV-1602 (JLL/CCC) (D. N.J. 29 June 2007).

[66] *R.J. Reynolds Tobacco Co. v. Philip Morris, Inc.*, 60 F. Supp. 2d 502 (M.D.N.C. 1999).

[67] La corte distrettuale ha notato che i rivenditori erano sostanzialmente costretti ad aderire al programma, in quanto la perdita degli sconti promozionali sulle principali marche del settore non gli avrebbe consentito di competere alla pari con gli altri distributori.

[68] *R.J. Reynolds Tobacco Co. v. Philip Morris, Inc.*, 199 F. Supp. 2d 363 (M.D.N.C. 2002).

[69] In particolare, la corte ha ritenuto che l'impresa interessata non detenesse un potere di mercato tale da restringere la concorrenza, né il suo programma promozionale avesse determinato effetti escludenti nei confronti dei rivali: v. *R.J. Reynolds Tobacco Co. v. Philip Morris, Inc.*, ---F.3d--- (3d Cir. 2003) (*en banc*). Nella giurisprudenza statunitense, l'offerta di sconti e altri vantaggi

In *Masimo*, l'impresa interessata aveva offerto sconti crescenti agli ospedali, in cambio dell'impegno ad acquistare maggiori percentuali del loro fabbisogno di pulsiossimetri[70]. La corte ha ritenuto che gli sconti avessero avuto l'effetto di preservare il potere monopolistico del fornitore, in violazione dell'art. 2 dello Sherman Act, e potessero integrare, *de facto*, una forma di *exclusive dealing* incompatibile con le sezioni 1 e 3 del Clayton Act, senza indagare se i prezzi fossero predatori[71]. Nella specie, le apparecchiature diagnostiche interessate dal sistema di sconti erano composte da monitor (aventi una vita utile di 5-7 anni) e sensori (di minor durata). Nell'*iter* motivazionale della decisione, un ruolo centrale appare rivestire la circostanza che, per supportare la base istallata di monitor forniti dall'impresa egemone, i clienti erano costretti ad acquistare un determinato ammontare fisso di sensori compatibili. L'esistenza di una significativa porzione rigida della domanda, in combinazione con il sistema di sconti fidelizzanti, ostacolava la differenziazione delle fonti d'approvvigionamento. La decisione è stata confermata dalla Corte d'Appello per il Nono Circuito, che ha sottolineato come il sistema di sconti, di fatto, impedisse ai clienti d'acquistare prodotti alternativi, riconoscendo implicitamente i rischi concorrenziali che derivano da simili pratiche in presenza di una porzione non contendibile della domanda dei clienti[72].

Tuttavia, altre corti hanno continuato a manifestare una riluttanza ad assimilare gli sconti fidelizzanti ad accordi d'acquisto esclusivo, affrancando l'analisi della pratica dall'applicazione del test di predatorietà. In *J.B.D.L.*, ad esempio, una corte distrettuale ha analizzato un sistema di sconti condizionati all'inserimento prioritario di un farmaco di un'impresa farmaceutica nei formulari predisposti da alcune organizzazioni attive nel settore sanitario, onde prevenire la diffusione di un prodotto parzialmente sostituibile recentemente introdotto sul mercato. Facendo leva sui principî sanciti dalla Corte d'Appello per l'Ottavo Circuito in *Concord Boat*, la corte ha concesso un *summary*

---

finanziari in cambio di spazi espositivi proporzionati alla quota di mercato dell'impresa interessata è normalmente ritenuta lecita: cfr. J.M. BONA, *op. cit.*, ove ulteriori richiami di giurisprudenza; per un'analisi economica ed empirica della pratica, cfr. J.D. WRIGHT, *Slotting Contracts and Consumer Welfare*, in *Antitrust Law Journal*, 2007, 439.

[70] Una tipica offerta prevedeva uno sconto del 40% in caso d'acquisto del 90% o più del loro fabbisogno dall'impresa fornitrice, o uno sconto variabile dal 16% al 18% per acquisti inferiori.

[71] *Masimo Corp. v. Tyco Health Care Group, L.P.*, No. CV 02-4770 MRP, 2006 WL 1236666 (C.D. Cal. Mar. 22, 2006).

[72] *Masimo Corp. v. Tyco Health Care Group, LP*, 2009 WL 3451725 (9th Cir. 2009).

judgment in favore del convenuto, in considerazione del carattere non predatorio dei prezzi finali[73].

In *NicSand*, la Corte d'Appello per il Sesto Circuito ha ritenuto, in un primo momento, che gli sconti concessi a quattro dei sei principali rivenditori come contropartita per un accordo pluriennale d'esclusiva mirassero a escludere il concorrente minore dal mercato, accrescendo i suoi costi e compromettendo la sua capacità di competere[74]. Tuttavia, la medesima Corte d'Appello, in composizione plenaria, ha rovesciato la precedente pronunzia per l'assenza di un pregiudizio derivante da una pratica anticompetitiva, rilevando che l'offerta di sconti di carattere non predatorio non integra una violazione della disciplina antimonopolistica, anche se è finalizzata all'instaurazione di un rapporto d'esclusiva[75].

Sulla stessa linea, in *Natchitoches*, la corte distrettuale che notato che, sulla base della prassi giurisprudenziale, «*without more, above-cost market share discounts cannot constitute improper exclusionary dealing that violates the Sherman Act*»[76]. Analogamente, in *Allied Orthopedic Appliances*, la Corte d'Appello per il Nono Circuito ha ritenuto lecita la condotta di un'impresa che consentiva ai propri clienti di beneficiare di sconti crescenti condizionati all'acquisto di determinate percentuali minime del loro fabbisogno complessivo[77]. Ad avviso della corte, l'unica conseguenza del mancato raggiungimento degli obiettivi sarebbe stata la perdita degli sconti, sicché un produttore concorrente avrebbe potuto acquisire il cliente semplicemente offrendo un prodotto migliore o condizioni più convenienti[78].

---

[73] *J.B.D.L. Corp v. Wyeth-Ayerst Laboratories Inc.*, Nos. 1:01-CV-704, 1:03-CV-781, 2005 WL 1396940 (S.D. Ohio June 13, 2005), confermata da *J.B.D.L. Corp v. Wyeth-Ayerst Laboratories Inc.*, 485 F.3d 880 (6th Cir. 2007), in considerazione della mancata dimostrazione di un nesso causale tra il sistema di sconti e il lamentato incremento dei prezzi del farmaco.

[74] *NicSand, Inc. v. 3M Co.*, 457 F.3d 534 (6th Cir. 2006).

[75] *NicSand, Inc. v. 3M Co.*, 507 F.3d 442 (6th Cir. 2007) (*en banc*).

[76] *Natchitoches Parish Hospital Service District v. Tyco International*, No. 05-12024 PBS, 2009 WL 4061631 (D. Mass., Nov. 20, 2009).

[77] *Allied Orthopedic Appliances, Inc. v. Tyco Health Care Group, LP*, 592 F.3d 991 (9th Cir. 2010).

[78] La Corte d'Appello per il Nono Circuito ha distinto il caso in esame dalla sentenza resa in *Masimo*, in considerazione del fatto che, in tale caso, l'impresa interessata deteneva un brevetto ancora efficace, da cui scaturiva un effetto di *lock-in* dell'acquirente, costretto ad acquistare i sensori dell'impresa dominante per la base istallata di monitor: *id.*, 997 n. 2. In senso contrario all'assimilazione degli sconti fidelizzanti ad accordi di *exclusive dealing*, cfr. anche, *inter alia*, *Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc.*, No. 05-3350 (MLC), 2006 WL 2528545 (D.N.J. Aug. 31, 2006).

Infine, nel 2011, in *Southeast Missouri Hospital*, la Corte d'Appello per l'Ottavo Circuito ha fatto leva sui principî da essa sanciti in *Concord Boat* per rigettare le censure mosse, ai sensi degli articoli 1 e 2 dello Sherman Act e dell'art. 3 del Clayton Act, nei confronti di un produttore di apparecchiature mediche, che aveva offerto ai clienti sconti crescenti di carattere non predatorio, condizionati al raggiungimento di obiettivi d'acquisto pari, rispettivamente, al 50% e all'84% del fabbisogno[79]. La Corte ha ritenuto che gli sconti non fossero escludenti, perché gli acquirenti non erano tenuti a rifornirsi presso l'impresa interessata per la totalità del loro fabbisogno, né erano costretti a raggiungere le soglie d'acquisto previste per il riconoscimento degli incentivi, potendo in qualsiasi momento decidere di rivolgersi a fornitori diversi, ove questi ultimi avessero offerto prodotti migliori o prezzi più convenienti[80].

Pur non riguardando direttamente il tema degli sconti fidelizzanti, la più recente giurisprudenza della Corte Suprema sembra confortare l'orientamento incline all'applicazione dei principî in tema di *predatory pricing*. Nei casi *Weyerhaeuser* e *linkLine*[81], infatti, la Corte Suprema ha affermato la centralità del test di predatorietà elaborato in *Brooke Group* nella valutazione delle condotte in materia di prezzi, indipendentemente dalla loro concreta forma e struttura, analizzando alla stregua dei medesimi criteri le offerte di acquisto predatorie e la compressione dei margini. In linea con i dettami della teoria delle decisioni[82], la Corte Suprema ha difeso l'estensione dei principî in tema di *predatory pricing* alle altre politiche di prezzo, ricordando che, per non scoraggiare legittime iniziative concorrenziali, la giurisprudenza pregressa ha «*carefully limited the circumstances under which plaintiffs can state a Sherman Act claim by alleging that prices are too low*»[83].

3.2. Il Section 2 Report e le successive iniziative del DOJ

Nel suo rapporto sulle condotte unilaterali escludenti, il DOJ ha sottolineato che gli sconti fidelizzanti di carattere non predatorio sono, nella

[79] *Southeast Missouri Hospital v. C.R. Bard, Inc.*, 643 F.3d 608 (8th Cir. 2011).

[80] *Id.*, 612, 617. Il sistema prevedeva anche sconti leganti, ma questi ultimi sono stati ritenuti secondari rispetto a quelli fidelizzanti.

[81] Cfr. *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 549 U.S. 312 (2007); *Pac. Bell Tel. Co. v. Linkline Commc'ns, Inc.*, 129 S. Ct. 1109 (2009).

[82] Cfr. T.A. LAMBERT, *The Roberts Court and the Limits of Antitrust*, cit.; D.W. CARLTON, *Should "Price Squeeze" Be a Recognized Form of Anticompetitive Conduct*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2009, 271.

[83] *Pac. Bell Tel. Co. v. Linkline Commc'ns, Inc.*, 129 S. Ct. 1109, 1120 (2009); cfr. anche *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 549 U.S. 312, 319 (2007).

maggior parte dei casi, sostanzialmente pro-competitivi, ma ha riconosciuto che la pratica può avere effetti escludenti, impedendo ai rivali di raggiungere le dimensioni minime efficienti, ove una determinata porzione della domanda degli acquirenti sia monopolizzata e il sistema di sconti sia strutturato in modo da indurre i clienti ad acquistare la totalità o la maggior parte delle unità contendibili del loro fabbisogno dall'impresa dominante[84].

Per garantire l'amministrabilità dello standard sostanziale di valutazione degli sconti fidelizzanti, salvaguardare la certezza del diritto e scongiurare il rischio di disincentivare legittime forme di concorrenza sui prezzi, il DOJ ha sostenuto che, di norma, è opportuno sottoporre le politiche di sconti fidelizzanti al classico test di predatorietà[85], ma ha precisato di ritenere necessario un ulteriore approfondimento dell'analisi prima di concludere che tale approccio possa essere appropriato in tutti i casi[86].

Negli ultimi anni, peraltro, è emersa una rinnovata enfasi sull'applicazione delle norme antitrust alle condotte unilaterali escludenti, che ha interessato anche gli sconti fidelizzanti. Nel maggio del 2009, a seguito del subentro dell'amministrazione democratica, la nuova Antitrust Division del DOJ ha formalmente ritirato il Section 2 Report, chiarendo che siffatto gesto rappresentava «*a shift in philosophy and the clearest way to let everyone know that the Antitrust Division will be aggressively pursuing cases where monopolists try to use their dominance in the marketplace to stifle competition and harm consumers*»[87].

Le aspettative generate dal ritiro del Section 2 Report hanno trovato conferma nel caso *Texas Hospitals*. Nel febbraio del 2011, infatti, il DOJ ha raggiunto un *settlement* con lo United Regional Health Care System of Whichita Falls, Texas, in base al quale l'operatore interessato non può concludere contratti che condizionano i prezzi o gli sconti offerti alle

---

[84] Cfr. Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, cit., 110-117.

[85] «*The Department believes that an approach requiring courts to determine whether a portion of a market is uncontestable and to quantify that portion, as well as to analyze whether a discount deprived plaintiff of efficient scale, would be difficult to administer. More importantly, such an approach would not provide much clarity to firms deciding whether to offer discounts and likely would chill desirable price competition*»: *id.*, 117.

[86] In ogni caso, secondo il Section 2 Report, l'intervento antitrust nelle ipotesi di *above-cost discounting* presupporrebbe la dimostrazione di un significativo grado di preclusione e di un effettivo pregiudizio concorrenziale. *Ibid.*

[87] Cfr. C. VARNEY, *Vigorous Antitrust Enforcement in This Challenging Era*, 12 maggio 2009, disponibile sul sito Internet http://www.justice.gov/atr/public/speeches/245777.htm.

compagnie per l'assicurazione sanitaria al fatto che queste ultime non intrattengano relazioni commerciali con strutture ospedaliere concorrenti[88].

3.3. Il caso Intel

La crescente attenzione per il potenziale anticompetitivo degli sconti fidelizzanti nella prassi antitrust statunitense ha trovato ulteriore conferma nelle vicende che hanno interessato il principale produttore mondiale di processori per computer. Nel 2009, infatti, Intel e il concorrente Advance Micro Devices (AMD) hanno raggiunto un accordo transattivo che ha posto termine a una controversia iniziata alcuni anni prima, avente ad oggetto una serie di condotte dell'operatore dominante, consistenti, *inter alia*, in pagamenti effettuati ai clienti in cambio di un vincolo d'esclusiva, sconti e sussidi fidelizzanti e minacce di ritorsioni economiche nei confronti degli acquirenti che si fossero rivolti all'antagonista[89].

Nonostante la conclusione dell'accordo transattivo con AMD, nel 2009 la Federal Trade Commission (FTC) ha avviato un'azione nei confronti delle condotte fidelizzanti ed escludenti dell'impresa egemone[90], sulla scia di iniziative simili intraprese, negli anni precedenti, dalla Commissione europea, dalla Fair Trade Commission coreana e dall'autorità antitrust giapponese[91]. Tra

---

[88] Cfr. Department of Justice, *Justice Department Reaches Settlement with Texas Hospital Prohibiting Anticompetitive Contracts with Health Insurers*, comunicato stampa del 25 febbraio 2011, disponibile sul sito Internet http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2011/267648.htm.

[89] Cfr. Settlement Agreement between Advanced Micro Devices Inc. and Intel Corporation, 11 novembre 2009, disponibile sul sito Internet http://download.intel.com/pressroom/legal/AMD_settlement_agreement.pdf.

[90] *In re Intel Corp.*, Docket No. 9341 (FTC, 16 dicembre 2009). Un'azione analoga nei confronti delle politiche di prezzo di Intel è stata avviata, poco prima, dall'Attorney General dello Stato di New York per violazione dell'art. 2 dello Sherman Act e delle norme antitrust dello Stato di New York.

[91] Le politiche di sconti di Intel sono state oggetto di un accordo con l'autorità antitrust giapponese nel 2005 (cfr. comunicato stampa, Japan Fair Trade Commission, *The JFTC Rendered a Recommendation to Intel K.K.*, 8 marzo 2005, disponibile sul sito Internet http://www.jftc.go.jp/e-page/pressreleases/2005/March/050308.pdf) e, successivamente, condannate dalla Fair Trade Commission coreana nel 2008 (cfr. *Enforcement Authorities*, KFTC NEWSLETTER, Korea Fair Trade Commission, Seoul, S. Korea, 4 luglio 2008, 14, disponibile sul sito Internet http://eng.ftc.go.kr/files/bbs/2008/KFTC_Newsletter_8.pdf; per un'analisi della decisione dell'autorità coreana e un confronto con l'esperienza europea, cfr. D.H. SANGWOOK-J.H. HYEONG, *The Intel Case in Korea and EU Jurisprudence*, in *European Competition Law Review*, 2012, 47) e dalla Commissione europea nel 2009 (sul caso *Intel* europeo, v. *infra*, § 4.6.). Per una panoramica sulle diverse vicende che hanno interessato Intel, cfr. C. KELLY-L.

le diverse condotte contestate dalla FTC ai sensi dell'art. 5 del Federal Trade Commission Act[92], un ruolo centrale rivestiva l'offerta di sconti legati ai volumi o alla percentuale d'approvvigionamento presso l'impresa dominante e altri incentivi volti a fidelizzare la clientela. Secondo la FTC, infatti, Intel aveva offerto sconti ai produttori di computer che acquistavano la totalità o la maggior parte del loro fabbisogno dall'impresa dominante, punendo i clienti che si rivolgevano ad AMD con prezzi più alti e la perdita di altri benefici, quali supporto tecnico e commerciale, garanzia delle forniture e protezione dalla responsabilità per violazione di brevetti, col risultato d'ostacolare la concorrenza nel mercato dei processori ai danni dei consumatori.

La FTC ha sottolineato che Intel rappresentava un fornitore essenziale per larga parte del fabbisogno dei clienti più importanti, in considerazione dell'ampiezza della gamma di prodotti e della capacità produttiva, che le consentivano d'essere l'unico operatore in grado di soddisfare l'intera domanda dei singoli acquirenti[93]. In tale contesto, la politica di sconti, incentivi e ritorsioni consentiva all'impresa egemone d'indurre i clienti a ridurre o interrompere *tout court* gli acquisti di prodotti di altri operatori[94].

Il Complaint della FTC suggeriva che, per dimostrare l'illiceità delle condotte contestate, l'autorità statunitense avrebbe potuto applicare un test volto a stimare il prezzo incrementale delle unità del fabbisogno dei clienti esposte alla concorrenza di altri operatori, allocando lo sconto complessivo concesso dall'impresa egemone sulla parte contendibile della domanda[95]. Tuttavia, il caso si è chiuso, nel 2010, con un accordo tra Intel e la FTC, che vieta, *inter alia*, l'offerta di sconti retroattivi e riduzioni di prezzo o altri benefici condizionati all'esclusiva o alla limitazione dell'approvvigionamento di prodotti concorrenti, nonché ritorsioni nei confronti dei produttori e dei

---

LERNBORG, *The Intel saga – What it means for competition policy*, in *Competition Law Insight*, 2010, 10, 5.

[92] L'ambito delle contestazioni mosse dalla FTC è più ampio di quello delle indagini della Commissione, perché la base normativa utilizzata dall'autorità nordamericana, che vieta in generale gli atti e le pratiche commerciali scorrette o ingannevoli, le ha consentito di spingersi oltre gli angusti confini della responsabilità antitrust: *id.*

[93] Cfr. *In re Intel Corp.*, Docket No. 9341 (FTC, 16 dicembre 2009), 8.

[94] *Id.*, 9.

[95] Infatti, la FTC contemplava, come possibile misura, quella di proibire a Intel di fissare i prezzi dei suoi processori «*so that the incremental price to a customer of microprocessors or GPUs sold in competition with another competitor is below cost when such price includes all rebates, payments, or other price decreases on other products not in competition*»: *id.*, 21.

rivenditori che utilizzano o commercializzano processori fabbricati da altri operatori[96].

L'iniziativa della FTC ha sollevato reazioni negative in larga parte della dottrina, preoccupata dall'uso dei maggiori margini d'azione concessi dall'art. 5 del Federal Trade Commission Act – tradizionalmente ritenuto applicabile anche a condotte anticompetitive che esulano, a rigore, dai confini della responsabilità antitrust – per eludere i più stringenti requisiti sanciti dalla giurisprudenza nordamericana, incline a sottoporre le politiche di prezzo, comunque strutturate, all'ordinario test di predatorietà[97]. Inoltre, i riscontri empirici non sembravano supportare la tesi di un effetto escludente, posto che, nel lungo periodo d'attuazione delle condotte contestate, protrattesi per circa un decennio, AMD non aveva subito una chiara riduzione della quota di mercato o dei margini, aveva significativamente aumentato le vendite e aveva continuato a investire in ricerca e sviluppo e nell'ampliamento della capacità produttiva. Né le pratiche contestate sembravano aver consentito a Intel d'incamerare profitti anomali o danneggiato i consumatori, che avevano beneficiato, invece, di un forte abbassamento dei prezzi e di un notevole tasso d'innovazione[98].

---

[96] Cfr. comunicato stampa dell'8 agosto 2010, *FTC Settles Charges of Anticompetitive Conduct Against Intel*, disponibile sul sito Internet http://ftc.gov/opa/2010/08/intel.shtm.

[97] Cfr. J.D. WRIGHT, *An Antitrust Analysis of the Federal Trade Commission's Complaint Against Intel*, George Mason Law & Economics Research Paper No. 10-27, 2010, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=1624943; D.A. CRANE, *Predation Analysis and the FTC's Case Against Intel*, University of Michigan Law & Economics Empirical Legal Studies Center Paper No. 10-014, University of Michigan Public Law Working Paper No. 202, 2010, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=1617364; K.N. HYLTON, *Intel and the Death of U.S. Antitrust Law*, in *Competition Policy International*, febbraio 2010 (2); H. HOVENKAMP, *The FTC's Anticompetitive Pricing Case Against Intel*, in *Competition Policy International*, febbraio 2010 (2); J.M. BONA, *op. cit.* In senso contrario, cfr. R.H. LANDE, *FTC v. Intel: Applying the "Consumer Choice" Framework to "Pure" Section 5 Allegations*, in *Competition Policy International*, febbraio 2010 (2); ID., *Intel's Alleged Schemes Affected U.S. Customers*, University of Baltimora Legal Studies Research Paper No. 2008-10, 2008, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=1145327; ID., *The Intel and Microsoft Settlements*, University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper No. 2011-8, 2010, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=1687802, per il quale l'accordo raggiunto con Intel rappresenta «*the most important antitrust enforcement victory achieved so far during the Obama Administration*».

[98] Cfr. J.D. WRIGHT, *Does Antitrust Enforcement in High Tech Markets Benefit Consumers? Stock Price Evidence from FTC v. Intel*, in *Review of Industrial Organization*, 2011, 387, secondo cui neppure l'analisi dell'andamento del prezzo delle azioni di AMD confortava la tesi di effetti escludenti ai suoi danni.

3.4. Alcune considerazioni conclusive sull'esperienza statunitense

L'orientamento prevalente nella giurisprudenza nordamericana, che tende ad analizzare gli sconti fidelizzanti, nel quadro dell'art. 2 dello Sherman Act, alla stregua dei principî consolidati in tema di prezzi predatori, si fonda non tanto sul mancato riconoscimento dei potenziali effetti escludenti derivanti dalla struttura e dal particolare funzionamento di un sistema di sconti fidelizzanti, quanto sulla preferenza per un approccio pragmatico, volto a minimizzare i costi derivanti da possibili errori di valutazione. L'assunto alla base di siffatto approccio è che «[r]*ules that seek to embody every economic complexity and qualification may well, through the vagaries of administration, prove counter-productive, undercutting the very economic ends they seek to serve*»[99]. In tale ottica, il timore che i costi dei falsi positivi, perpetuati per effetto dello *stare decisis*, siano tendenzialmente più elevati di quelli dei falsi negativi, limitati dall'intrinseca tendenza allo sfaldamento delle posizioni monopolistiche[100], ha indotto le corti ad adottare, nel solco del classico *error-cost approach*, una posizione conservativa, in linea con l'orientamento prevalente della dottrina e con l'approccio minimalista seguito, per diversi anni, nell'applicazione delle norme antitrust alle condotte monopolistiche unilaterali.

Negli ultimi anni, peraltro, sul versante nordamericano è emersa una rinnovata enfasi sull'*enforcement* del divieto di monopolizzazione[101]. I casi *Intel* e *Texas Hospitals* dimostrano che, anche negli Stati Uniti, gli sconti fidelizzanti e le politiche di prezzo analoghe attuate da un'impresa con elevato potere di mercato possono attirare l'attenzione delle autorità di tutela della concorrenza, come avviene da tempo nella prassi europea. Al contempo, alcune pronunzie delle corti federali hanno assimilato la concessione di sconti fidelizzanti a un'esclusiva *de facto*, analizzando la pratica alla stregua dei principî in tema di *exclusive dealing*. Tuttavia, la maggioranza delle corti inferiori continua a essere riluttante a discostarsi dal più rassicurante test di predatorietà. Inoltre, le recenti sentenze *Weyerhaeuser* e *linkLine*, che hanno esteso i principî generali in tema di *predatory pricing* alle politiche di prezzo diversamente strutturate, inducono a ritenere che, qualora gli sconti fidelizzanti fossero sottoposti alla sua attenzione, difficilmente la Corte Suprema si discosterebbe dal test di predatorietà applicato alle altre condotte, quanto meno

---

[99] *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227, 234 (1st Cir. 1983).

[100] Cfr. F.H. EASTERBROOK, *The Limits of Antitrust*, cit.; D.S. EVANS-A.J. PADILLA, *Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach*, cit.; G.A. MANNE-J.D. WRIGHT, *op. cit.*; T.A. LAMBERT, *The Roberts Court and the Limits of Antitrust*, cit.

[101] Cfr. M. SIRAGUSA-G. FAELLA, *Trends and Problems of the Antitrust of the Future*, in *Antitrust between EU Law and National Law*, 2012, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=2144840.

sino a quando non si verificherà un significativo cambiamento nella sua composizione.

4. La prassi antitrust europea: gli sconti fidelizzanti retroattivi

Nel 1949, Walter Eucken, uno dei principali esponenti della scuola ordo-liberale di Friburgo, sostenne che l'esistenza stessa di un sistema di sconti fidelizzanti dimostra il mancato raggiungimento dell'ideale della «completa concorrenza», che spingerebbe i prezzi al livello dei costi marginali, impedendo un ulteriore ribasso. Gli sconti fidelizzanti rappresenterebbero una forma di «*impediment competition*», giacché sarebbero utilizzati da imprese con potere di mercato per ostacolare lo sviluppo dei rivali e precludere l'accesso ai mercati, laddove «*the constitution of the competitive order requires the opening of supply and demand*»[102].

L'ideologia ordo-liberale ha profondamente influenzato l'evoluzione della politica della concorrenza europea in tema di sconti fidelizzanti. A tenore dell'orientamento tradizionale della giurisprudenza e della prassi decisionale europee, la concessione di sconti fidelizzanti non giustificati da risparmi di costo è inconciliabile con la speciale responsabilità gravante sulle imprese dominanti, per la tendenza della pratica a ostacolare l'accesso alla clientela e il suo carattere discriminatorio. Per anni, gli sconti quantitativi sono stati oggetto di un tradizionale *favor*, per la loro maggior attitudine a riflettere risparmi di costo resi possibili da ordini d'ingente ammontare, ma le pronunzie rese dalle istituzioni europee nei casi *Michelin II* e *Repubblica portoghese* hanno chiarito che tale tipologia di sconti non gode di alcuna immunità nel diritto antitrust europeo.

Il Discussion Paper e i successivi Orientamenti della Commissione hanno segnato le tappe di uno sforzo di progressiva razionalizzazione dell'applicazione dell'art. 102 TFUE agli sconti fidelizzanti, nel tentativo d'ancorare il trattamento di tali pratiche alle indicazioni – peraltro ancora in evoluzione – della teoria giuseconomica, ma le oscillazioni e le ambiguità della prassi decisionale e la scarsa apertura della giurisprudenza dimostrano come le istituzioni europee non abbiano ancora superato il tradizionale orientamento formalistico.

---

[102] Cfr. W. EUCKEN, *The Competitive Order and Its Implementation (English Translation)*, in *Competition Policy International*, 2006, 219.

4.1. L'orientamento tradizionale delle istituzioni europee

Le censure mosse dall'orientamento tradizionale delle istituzioni europee nei confronti degli sconti fidelizzanti retroattivi sono riconducibili a due principali linee argomentative: (i) gli effetti fidelizzanti ed escludenti, con conseguente preclusione dell'accesso al mercato per i concorrenti (*primary line injury*); e (ii) la natura discriminatoria (*secondary line injury*). Inoltre, in *Michelin II*, la Commissione ha contestato: (iii) il carattere iniquo del sistema di incentivi; e (iv) la sua tendenza a compartimentare i mercati nazionali. Lungi dal riflettere un apprezzamento rigoroso dell'incidenza della pratica sulla concorrenza e sul benessere dei consumatori, le argomentazioni addotte a sostegno dell'illiceità degli sconti fidelizzanti affondano le radici nell'ortodossia ordo-liberale e nell'afflato integrazionista che ha animato, storicamente, l'attività delle istituzioni europee.

4.1.1. Gli effetti fidelizzanti ed escludenti: gli sconti fedeltà

A tenore dell'impostazione tradizionale delle istituzioni europee, gli sconti offerti da un'impresa dominante sono incompatibili con l'art. 102 TFUE, ove la concessione del beneficio finanziario tenda a eliminare o restringere la libertà dell'acquirente di scegliere le proprie fonti d'approvvigionamento, ostacolando l'accesso al mercato e la crescita dei concorrenti[103]. Ad avviso della Commissione e delle corti UE, i sistemi di sconti retroattivi esercitano una forte pressione sugli acquirenti, in particolare verso la fine del periodo di riferimento, perché il raggiungimento delle soglie consente di beneficiare di uno sconto, o di un'aliquota più elevata, sull'intero fatturato realizzato durante tale arco temporale[104]. Su tali basi, gli sconti fedeltà sono stati ritenuti illeciti virtualmente *per se*, non soltanto quando erano subordinati all'assunzione di uno specifico vincolo giuridico d'esclusiva totale o parziale, ma anche allorché erano semplicemente condizionati all'acquisto della totalità o della maggior parte del fabbisogno presso l'impresa dominante[105].

---

[103] Sulla prassi decisionale e giurisprudenziale europea, cfr., *inter alia*, G. FAELLA, *The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates*, cit.; V. AURICCHIO, *Discount Policies in US and EU Antitrust Enforcement Models: Protecting Competition, Competitors or Consumer Welfare?*, in *European Competition Journal*, 2007, 373. Per una rapida rassegna, v. H.G. KAMANN-E. BERGMANN, *The Granting of Rebates by Market Dominant Undertakings under Article 82 of the EC Treaty*, in *European Competition Law Review*, 2005, 83.

[104] Cfr., *inter alia*, Trib. UE 17 dicembre 2003, causa T-219/99, *British Airways/Commissione*, cit., §§ 271-273; Commissione 20 giugno 2001, caso COMP/E-2/36.041/PO, *Michelin*, G.U. L 143/1 (2002), § 216; 14 luglio 1999, caso IV/D-2/34.780, *Virgin/British Airways*, cit., §§ 29-30.

[105] Cfr., in particolare, Corte Giust. 16 dicembre 1975, cause riunite 40-48, 50, 54-56, 111, 113 e 114/73, *Cooperatieve Vereniging Suiker Unie U.A. ed altri/Commissione*, in *Raccolta*, 1975,

In *Industria europea dello zucchero*[106], la Commissione ha censurato, *inter alia*, un sistema di sconti inteso a premiare la fedeltà dei clienti che avessero soddisfatto la totalità del proprio fabbisogno presso un'associazione settoriale che raggruppava i produttori di zucchero della Germania meridionale, curandone la fase distributiva. Sebbene il tasso dello sconto, pari allo 0,3%, fosse relativamente esiguo, la perdita di tale beneficio avrebbe cagionato un sensibile danno finanziario a un cliente con un fabbisogno medio, in quanto la riduzione di prezzo era computata sull'intero fatturato annuo. La Commissione ha stimato che, per compensare la perdita dello sconto, un concorrente intenzionato a conquistare una quota del fabbisogno del cliente pari al 10% avrebbe dovuto offrire un prezzo notevolmente inferiore, sostanzialmente impraticabile alla luce delle condizioni di mercato[107].

La Corte di Giustizia ha confermato l'*iter* logico seguito nella decisione, senza peraltro entrare nel merito della stima effettuata dalla Commissione per verificare la possibilità, per i rivali, di compensare gli sconti concessi dall'operatore egemone[108]. I giudici di Lussemburgo si sono limitati ad affermare che il sistema violava le norme antitrust perché gli sconti non dipendevano dal volume degli acquisti effettuati, bensì miravano a impedire ai clienti di rifornirsi presso produttori concorrenti, mediante la concessione di un vantaggio finanziario.

Il *leading case* in tema di sconti fedeltà è il caso *Hoffmann-La Roche*. Il principale produttore mondiale di vitamine aveva convenuto con i propri clienti la concessione di premi per la loro fedeltà: in alcuni casi, gli sconti rappresentavano il corrispettivo per l'assunzione di un espresso vincolo giuridico d'esclusiva totale o parziale; in altre ipotesi, il beneficio era condizionato all'acquisto presso l'impresa dominante della totalità o della maggior parte del proprio fabbisogno, in assenza di uno specifico impegno negoziale d'approvvigionamento[109]. Ad avviso della Commissione, i contratti

---

1663; 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, cit.; Trib. UE 1 aprile 1993, causa T-65/89, *BPB Industries e British Gypsum/Commissione*, in *Raccolta*, 1993, II-389; 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin/Commissione*, in *Raccolta*, 2003, II-4071.

[106] Commissione 2 gennaio 1973, caso IV/26.918, *Industria europea dello zucchero*, G.U. L 140/17 (1973).

[107] I produttori di altri Stati membri non avrebbero potuto competere per assicurarsi l'intero fabbisogno dell'acquirente, onde distribuire lo sconto su quantitativi maggiori, poiché la necessità di forniture regolari costringeva i clienti a rifornirsi, in larga parte, presso le vicine fabbriche nazionali: *id.*, § II.E.3.

[108] Corte Giust. 16 dicembre 1975, cause riunite 40-48, 50, 54-56, 111, 113 e 114/73, *Cooperatieve Vereniging Suiker Unie U.A. ed altri/Commissione*, cit.

[109] Alcuni contratti prevedevano uno sconto ad aliquota fissa, mentre altri contemplavano riduzioni di prezzo crescenti all'aumentare della quota del fabbisogno del cliente soddisfatta

avevano lo scopo e l'effetto di privare i clienti della possibilità di scegliere i propri fornitori, mercé la previsione di vincoli d'esclusiva e la concessione di sconti di carattere fidelizzante[110]. Gli acquirenti erano fortemente incentivati a rifornirsi presso l'impresa dominante, perché la differenziazione delle fonti d'approvvigionamento avrebbe comportato la perdita del premio di fedeltà non soltanto per la quota del proprio fabbisogno acquistata dai rivali, ma anche per la totalità degli acquisti effettuati presso l'impresa dominante[111].

Rispetto alla decisione resa in *Industria europea dello zucchero*, il caso *Hoffmann-La Roche* ha segnato – in apparenza inavvertitamente – un inasprimento della prassi applicativa in una duplice prospettiva: da un lato, la Commissione non ha effettuato alcuna stima dell'ammontare dei costi di sostituzione imposti agli acquirenti, onde verificare la possibilità, per i rivali, di formulare un'offerta competitiva, compensando i clienti per la perdita dello sconto; dall'altro, la Commissione ha dimostrato di ritenere illecito un sistema di sconti non soltanto quando precluda *tout court* le vendite di altri produttori, ma anche ove si limiti a renderle più difficili o, semplicemente, meno remunerative[112].

Nell'avallare il giudizio della Commissione, la Corte di giustizia ha sancito che gli sconti fedeltà sono illeciti indipendentemente dalla previsione di un formale impegno d'approvvigionamento esclusivo, in quanto non si fondano su una prestazione economica che li giustifichi, bensì mirano, mediante la concessione di un vantaggio finanziario, ad annullare o limitare la possibilità di scelta delle fonti d'approvvigionamento, in modo da precludere l'accesso di produttori concorrenti al mercato[113]. La Corte ha precisato che gli sconti fedeltà si differenziano da quelli quantitativi, in linea di principio leciti, perché non dipendono da volumi fissati obiettivamente e validi per tutti gli eventuali acquirenti, bensì «da stime fatte, di volta in volta, per ciascun cliente in funzione della sua presunta capacità di assorbimento, con lo scopo quindi non

---

presso l'impresa dominante nel corso dell'anno. Inoltre, alcuni accordi includevano una clausola inglese, in forza della quale, ove La Roche non avesse allineato i propri prezzi alle eventuali offerte più convenienti formulate da un fornitore concorrente, il cliente avrebbe potuto approvvigionarsi presso quest'ultimo, senza perdere il diritto al premio di fedeltà per la quota del proprio fabbisogno acquistata dall'impresa dominante.

[110] Commissione 9 giugno 1976, caso IV/29.020, *Vitamine*, G.U. L 223/27 (1976).

[111] L'effetto fidelizzante era aggravato dal fatto che, in alcuni casi, il premio era calcolato sull'intero assortimento di vitamine offerto dall'impresa dominante: sul punto, si rinvia all'analisi degli sconti leganti contenuta nel Cap. III.

[112] *Id.*, § 24, ove si rileva che «per quantitativi di una certa importanza l'incidenza del premio di fedeltà accordato da Roche è tale da rendere praticamente impossibili o quanto meno molto onerose le vendite da parte di altri produttori a questi clienti».

[113] *Id.*, §§ 90, 110.

già di fornire la quantità massima, ma di coprire il massimo del suo fabbisogno»[114].

La Commissione ha ribadito l'illiceità della pratica in *BPB Industries*. Nella specie, la Commissione ha censurato la politica di sconti e premi fedeltà attuata da un'impresa produttrice di pannelli in gesso cartonato per preservare la sua posizione d'egemonia in Gran Bretagna e Irlanda, arginando la pressione concorrenziale esercitata dalle importazioni provenienti da Francia e Spagna. In particolare, in Gran Bretagna, il fornitore egemone aveva offerto pagamenti promozionali mensili a un gruppo selezionato di grossisti, in cambio di un impegno d'acquisto esclusivo. La Commissione ha rilevato che il sistema aveva sortito l'effetto di rafforzare le strette relazioni commerciali tra l'operatore dominante e i distributori, sottraendo i migliori clienti a un concorrente estero e, quindi, costringendolo a impiegare continuamente risorse per reperire, in sostituzione, un crescente numero di acquirenti minori[115]. In Irlanda del Nord, oltre a revocare uno sconto in precedenza concesso ad alcuni rivenditori dopo aver appreso che questi ultimi intendevano importare pannelli dalla Spagna, l'impresa dominante aveva offerto a tutti i distributori sconti e premi aggiuntivi a condizione che si rifornissero esclusivamente presso la stessa, astenendosi dal trattare prodotti d'importazione[116].

In sede d'impugnazione, l'impresa egemone ha obiettato che i pagamenti e gli sconti promozionali integravano una normale prassi commerciale, riconducibile al crescente potere negoziale dei clienti, e ha rivendicato il diritto di tutelare i propri legittimi interessi economici a fronte di iniziative concorrenziali altrui. Trinceratosi dietro il dogma della speciale responsabilità dell'impresa dominante, il Tribunale UE ha richiamato il principio sancito dalla Corte di Giustizia in *Hoffmann-La Roche*, secondo cui il fatto di vincolare gli acquirenti, sia pure a loro richiesta, con l'obbligo o la

---

[114] *Id.*, § 100. La Corte ha altresì ritenuto che, pur consentendo di rispondere a eventuali migliori offerte concorrenti senza perdere il diritto al premio, la clausola inglese non elidesse il potenziale fidelizzante del sistema, giacché i contratti prevedevano condizioni che limitavano, in vario modo, la possibilità d'avvalersi della pattuizione (*id.*, § 105). Lungi dall'esibire virtù salvifiche, la clausola contribuiva ad aggravare il carattere abusivo della pratica, poiché obbligava i clienti a comunicare all'impresa egemone eventuali offerte più vantaggiose, consentendole di monitorare la situazione di mercato e le iniziative concorrenziali altrui, onde diversificare la propria politica commerciale in funzione del comportamento dei rivali (*id.*, § 107).

[115] Commissione 5 dicembre 1988, caso IV/31.900, *BPB Industries*, G.U. L 10/50 (1989), § 127.

[116] Il potenziale escludente del sistema era acuito dal fatto che gli sconti erano computati su una gamma di prodotti, con la conseguenza che un grossista intenzionato a commercializzare pannelli d'importazione avrebbe perso il beneficio non soltanto su questi ultimi, bensì su tutti gli intonaci da costruzione forniti dall'impresa egemone. *Id.*, §§ 148-152. Sugli sconti leganti, v., *amplius*, Cap. III.

promessa d'approvvigionamento esclusivo, per la totalità o la maggior parte del loro fabbisogno, integra un comportamento abusivo tanto se l'impegno è assunto *sic et simpliciter*, quanto se ha come contropartita la concessione di sconti[117].

In alcuni passaggi, la pronunzia sembra prescindere dall'impatto della pratica sul mercato, attribuendo rilievo determinante al mero intento escludente che, ad avviso del Tribunale, animava l'attuazione della politica di sconti. Il giudice europeo ha sottolineato, anzitutto, la necessità di verificare se, avvalendosi di mezzi diversi da quelli propri di una normale concorrenza basata sulle prestazioni, il comportamento controverso *aveva lo scopo o poteva avere l'effetto* d'incidere sulla struttura di un mercato nel quale l'intensità della concorrenza risultava già attenuata per la presenza di un'impresa dominante. Quindi, sottolineato che, nella specie, la pratica dell'impresa dominante «aveva chiaramente lo scopo di penalizzare i rivenditori che intendessero importare pannelli di gesso e di dissuaderli dal loro proposito», il Tribunale ha sancito l'illiceità di «qualsiasi forma di sconto di fedeltà con il quale detto fornitore tenti, mediante vantaggi finanziari, di impedire ai clienti di rifornirsi presso i suoi concorrenti»[118].

L'ostracismo delle istituzioni europee nei confronti di qualsiasi sconto inteso a incentivare l'approvvigionamento esclusivo presso un'impresa egemone è stato confermato nei casi *Solvay* – che peraltro riguardava prevalentemente sconti di carattere incrementale[119] – e *Deutsche Post*[120]. In particolare, in *Deutsche Post*, l'*incumbent* tedesco del settore postale aveva stipulato contratti di cooperazione con una serie di imprese di vendita per corrispondenza, che s'erano impegnate ad avvalersi dei suoi servizi di spedizione, in esclusiva totale o parziale, in cambio della concessione di sconti e condizioni di prezzo particolarmente vantaggiose[121]. La Commissione ha ritenuto che i vantaggi finanziari concessi dall'impresa dominante fossero inquadrabili nella nozione di sconti fedeltà, in linea di principio illeciti, tipizzati dalla Corte di giustizia in *Hoffmann-La Roche*[122], e incidessero negativamente

---

[117] Trib. UE 1 aprile 1993, causa T-65/89, *BPB Industries e British Gypsum/Commissione*, cit., § 68.

[118] *Id.*, §§ 118-120. Il ricorso avverso la pronunzia del Tribunale è stato rigettato da Corte Giust. 6 aprile 1995, causa C-310/93 P, *BPB Industries e British Gypsum/Commissione*, in *Raccolta*, 1995, I-865.

[119] Cfr. Commissione 19 dicembre 1990, caso IV/33.133-C, *Carbonato di sodio - Solvay*, G.U. L 152/21 (1991), su cui v. *infra*, § 5.1.

[120] Commissione 20 marzo 2001, caso COMP/35.141, *Deutsche Post AG*, cit.

[121] Alcuni contratti prevedevano uno sconto ad aliquota progressiva, che aumentava in relazione all'incremento della percentuale del fabbisogno del cliente soddisfatta dall'impresa dominante.

[122] *Id.*, §§ 33-34.

sulla posizione di mercato e sulla capacità competitiva dei concorrenti. Ad avviso della Commissione, la pratica cagionava un innalzamento dei costi dei rivali, in quanto legava all'impresa dominante i principali clienti, impedendo agli altri operatori di raggiungere le dimensioni necessarie a operare con successo nel mercato dei servizi d'inoltro di pacchi per il settore delle vendite per corrispondenza[123].

In *Michelin II*, la Commissione ha analizzato alcuni sistemi d'incentivazione qualificabili come varianti degli sconti fedeltà. L'impresa dominante nel mercato francese dei pneumatici di ricambio per automezzi pesanti e autobus aveva attuato un complesso sistema di sconti, abbuoni e altri vantaggi finanziari, per fidelizzare la clientela e preservare la propria posizione di mercato a fronte della crescente pressione concorrenziale esercitata dai rivali. Il sistema prevedeva, *inter alia*, la concessione di un premio di servizio, corrispondente a una percentuale del fatturato di tutte le categorie di pneumatici realizzato con Michelin France, il cui importo era legato al numero di punti ottenuti rispetto a una griglia di valutazione concernente, in linea di massima, la qualità del servizio. Ad avviso della Commissione, il premio aveva natura fidelizzante, giacché l'assegnazione di alcuni punti era condizionata al rispetto di determinate percentuali minime di rifornimento di nuovi prodotti Michelin, in modo da incentivare i rivenditori a promuovere questi ultimi a discapito dei pneumatici concorrenti[124].

Il sistema contemplava, altresì, una «Convenzione di cooperazione professionale e di assistenza tecnica», stipulata coi rivenditori più importanti. La stipula della convenzione comportava la concessione di vantaggi finanziari, il trasferimento di *know-how* e l'accesso a corsi di formazione, in cambio dell'assunzione di una serie d'impegni, tra cui, in particolare, quelli di mettere in evidenza la marca dell'impresa dominante e non sviare la domanda spontanea di pneumatici Michelin della clientela dei rivenditori. Anche tale clausola è stata giudicata abusiva perché intesa a preservare la già elevata quota di mercato del fornitore. Inoltre, la Commissione ha ritenuto che detta clausola si fosse tramutata, di fatto, nell'imposizione di un obbligo di riservare una certa quota delle vendite ai prodotti dell'impresa egemone (c.d. «temperatura»

[123] Inoltre, posto che l'impresa dominante, incaricata del servizio pubblico postale, non copriva i propri costi incrementali specifici, la stessa operava una sorta di sovvenzionamento interno, compensando le perdite del settore mediante i proventi derivanti dalle attività riservate, con la conseguenza che, ostacolando l'emersione di operatori concorrenti potenzialmente più efficienti, il sistema assecondava il mantenimento di una struttura dell'offerta antieconomica e, per tale via, obbligava i consumatori a finanziare uno spreco di risorse. *Id.*, § 37.

[124] Commissione 20 giugno 2001, caso COMP/E-2/36.041/PO, *Michelin*, cit., §§ 254-255.

Michelin), con chiari effetti fidelizzanti[125]. Il Tribunale UE ha confermato le valutazioni della Commissione circa il carattere abusivo del presunto impegno di garantire una determinata «temperatura», nonché degli obblighi di promuovere la marca e non deviare la domanda spontanea di prodotti Michelin, quali frammenti di un'unica strategia escludente, intesa a cristallizzare o incrementare la quota di mercato dell'impresa egemone[126].

Nel 2005, la Commissione ha ribadito la ferma diffidenza verso le politiche di prezzo fidelizzanti, chiudendo un'indagine quinquennale concernente le pratiche commerciali attuate da Coca-Cola in Europa, ex art. 9 del Reg. 1/2003, con l'accettazione di una serie di impegni che precludevano all'impresa interessata la possibilità di praticare sconti legati, in varia guisa, alla fedeltà del cliente[127].

I principî sanciti dalle istituzioni europee sono stati applicati con analogo rigore in ambito nazionale. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è intervenuta per condannare politiche di sconti di carattere fidelizzante sin dagli albori dell'esperienza antimonopolistica italiana, nei casi *Marinzulich/Tirrenia* e *Pozzuoli Ferries/Gruppo Lauro*[128]. Il successivo caso *Coca-Cola Italia* è, per molti versi, paradigmatico dell'esperienza domestica in tema di sconti fidelizzanti. Con apprezzamento avallato dal Tar Lazio e,

---

[125] *Id.*, §§ 317-321. La Commissione ha rilevato, altresì, che la convenzione Club contemplava l'obbligo del rivenditore di fornire una serie di informazioni circa la propria azienda e l'andamento delle vendite, previsione che acuiva il suo stato di dipendenza e consentiva al fornitore dominante di esercitare un penetrante controllo sulla sua politica commerciale, con conseguenti effetti di fidelizzazione (§§ 323-326). Il Tribunale UE ha confermato il carattere abusivo di tali clausole, rilevando che le stesse intensificavano la dipendenza dei rivenditori *vis-à-vis* il fornitore e perseguivano l'obiettivo di ottenere «informazioni sul mercato che non sono pubbliche e che risultano preziose per la determinazione della sua politica commerciale»: v. Trib. UE 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin/Commissione*, cit., §§ 213-220.

[126] *Id.*, §§ 175-212.

[127] In particolare, l'impresa dominante si è impegnata, *inter alia*, a non offrire ai distributori pagamenti o altri vantaggi condizionati all'obbligo di: (i) non commercializzare prodotti rivali; (ii) acquistare una percentuale minima del proprio fabbisogno; (iii) interrompere, modificare o rifiutare d'intrattenere relazioni commerciali con altri fornitori; (iv) riservare spazi di vendita a Coca-Cola; e (v) astenersi dal collocare nei propri locali distributori automatici concorrenti (v. *Press Release* - IP/05/775 del 22 giugno 2005, nonché *Undertaking*, Case COMP/39.116/B-2, *Coca-Cola*, disponibile sul sito Internet http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39116/39116_5_6.pdf).

[128] Sulla scorta degli insegnamenti resi dalla Corte di Giustizia in *Hoffmann-La Roche*, l'Autorità ha ritenuto che le politiche di sconti fedeltà attuate da alcune imprese attive nel settore del trasporto marittimo integrassero un abuso di posizione dominante, perché limitavano la libertà di scelta delle fonti d'approvvigionamento, precludendo l'accesso di altri operatori al mercato. Cfr. Autorità 10 aprile 1992, n. 453 (A13), *Marinzulich/Tirrenia*, in *Bollettino*, 1992, 7; 19 ottobre 1994, n. 2379 (A49), *Pozzuoli Ferries/Gruppo Lauro*, in *Bollettino*, 1994, 42.

successivamente, dal Consiglio di Stato, l'Autorità ha sanzionato alcune società del gruppo Coca-Cola, unitamente a imprese indipendenti autorizzate alla preparazione e all'imbottigliamento di bevande finite, per aver attuato un'articolata politica di sconti *target*, fedeltà e gamma, applicati in modo selettivo, nell'ambito di una complessiva strategia escludente intesa a fidelizzare la clientela ed estromettere dal mercato il principale antagonista[129].

Un'acritica applicazione dei principî europei è rinvenibile nel provvedimento adottato in *Telecom*, con cui l'Autorità ha inflitto al colosso italiano delle telecomunicazioni una sanzione esemplare per aver adottato, nei mercati dei servizi prestati all'utenza aziendale, una strategia commerciale unitaria finalizzata a difendere la posizione d'egemonia storicamente detenuta e vanificare gli effetti della liberalizzazione del settore, mediante, *inter alia*, una serie di condotte volte a fidelizzare la clientela e prevenire l'entrata dei concorrenti, impedendogli di crescere e realizzare le economie di scala e gamma necessarie per esercitare un'effettiva pressione concorrenziale[130].

La politica commerciale dell'impresa dominante consisteva in una serie di azioni di recupero e mantenimento della clientela (*winback* e *retention*) mediante l'offerta di condizioni contrattuali ritenute abusive, quali obblighi d'esclusiva, sconti fidelizzanti, penalizzazioni per il mancato raggiungimento degli obiettivi di spesa e previsioni aventi effetti equivalenti alle clausole inglesi. Segnatamente, alcuni contratti prevedevano l'applicazione di sconti o condizioni tariffarie particolarmente vantaggiose a fronte di un impegno d'esclusiva[131]. Peraltro, il provvedimento non s'è limitato a rinverdire la tradizionale messa al bando degli obblighi d'approvvigionamento esclusivo imposti da un'impresa dominante in cambio della concessione di sconti, bensì s'è spinto oltre, tradendo una particolare diffidenza nei confronti dell'*incumbent*, nella misura in cui ha riconosciuto un vincolo d'esclusiva anche là dove, in realtà, nessun impegno in tal senso sembrava emergere dall'esame del testo negoziale[132].

---

[129] Autorità 7 dicembre 1999, n. 7804 (A224), *Pepsico Foods and Beverages International-IBG Sud/Coca Cola Italia*, cit. Il provvedimento è stato confermato da Tar Lazio, sez. I, 11 dicembre 2000, n. 11485, in *Foro italiano*, 2001, III, 299, nonché in *Diritto industriale*, 2001, 71, con nota di G. COLANGELO, *Posizione dominante, sconti fedeltà e sconti selettivi: il caso Coca-Cola Italia*. Il ricorso avverso la sentenza di primo grado è stato rigettato da Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2002, n. 4001, in *Foro italiano*, 2003, III, 75.

[130] Autorità 16 novembre 2004, n. 13752 (A351), *Comportamenti Abusivi di Telecom Italia*, cit.

[131] *Id.*, §§ 341-348.

[132] Cfr., in particolare, § 345 (ove l'Autorità ha ritenuto che, sebbene la clausola d'esclusiva fosse esplicitata solo nel primo contratto tra le parti, avente durata semestrale, l'impegno a incontrarsi per negoziare un eventuale nuovo accordo e la continuazione del rapporto col cliente fossero sufficienti per inferire il perdurare dell'esclusiva a livello sostanziale dopo la scadenza del vincolo) e § 346 (ove è stata qualificata come esclusiva esplicita la previsione della facoltà di

Gli incentivi alla fedeltà del cliente incorrono nella scure dell'antitrust non soltanto ove assumano la forma di riduzioni del prezzo d'acquisto, ma anche qualora derivino dall'applicazione di penalizzazioni o condizioni economiche più onerose per i volumi forniti dall'impresa dominante, in caso di differenziazione delle fonti d'approvvigionamento e mancato raggiungimento delle soglie prestabilite. In *Enel Trade*, ad esempio, l'operatore dominante nel mercato nazionale della vendita di energia elettrica ai clienti idonei aveva predisposto un contratto standard di fornitura, che contemplava una serie di condizioni giudicate abusive, quali vincoli d'esclusiva, divieti d'acquisto da terzi e maggiorazioni di prezzo in caso di ricorso ad altre forme d'approvvigionamento[133]. L'Autorità ha ritenuto che la politica commerciale dell'impresa dominante fosse atta a vincolare una parte significativa dei clienti idonei, rendendo più difficoltoso o precludendo del tutto l'accesso agli utenti da parte di operatori concorrenti, anche solo per una parte del loro fabbisogno, sì da vanificare gli effetti della progressiva liberalizzazione del settore[134]. Sebbene il contratto prevedesse la facoltà di acquisire, in alcune ipotesi, energia elettrica di base da altri operatori, la previsione di maggiorazioni di prezzo applicabili alla residua quota del fabbisogno soddisfatta dall'impresa dominante comportava un forte disincentivo alla differenziazione delle fonti d'approvvigionamento, soprattutto per i clienti caratterizzati da maggiori consumi di energia modulata, fornita esclusivamente dall'*incumbent*[135].

Sulla stessa linea, in *Telecom*, l'Autorità ha ritenuto illecite le clausole in forza delle quali: (i) in caso di passaggio ad altri operatori, sarebbero state applicate condizioni economiche più onerose di quelle originariamente pattuite al traffico sviluppato con l'operatore egemone, con effetti sostanzialmente equivalenti a quelli di uno sconto fedeltà; e (ii) l'*incumbent* aveva la possibilità di recedere unilateralmente dal contratto per scostamenti significativi dal fabbisogno stimato del cliente, applicando condizioni economiche più onerose di quelle originariamente pattuite o penalizzazioni d'altro tipo al traffico sviluppato sino al recesso[136].

---

recesso di Telecom nell'eventualità di una significativa riduzione dei volumi di traffico, a seguito del ricorso a operatori concorrenti).

[133] Autorità 27 novembre 2003, n. 12634 (A333), *Enel Trade-Clienti Idonei*, in *Bollettino*, 2003, 48, su cui v. F. POLETTINI, *Contratti di somministrazione di energia e diritto antitrust: il caso Enel*, in *Diritto industriale*, 2004, 368.

[134] Autorità 27 novembre 2003, n. 12634 (A333), *Enel Trade-Clienti Idonei*, cit., §§ 208-213.

[135] *Id.*, §§ 218-230.

[136] Autorità 16 novembre 2004, n. 13752 (A351), *Comportamenti Abusivi di Telecom Italia*, cit., §§ 358-363. Le valutazioni dell'Autorità sono state avallate da Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271, §§ 12.6.2. e 12.6.5., in *Foro italiano*, III, 512, con nota di A. BITETTO, *Il caso Telecom Italia: dietro lo sconto l'abuso di posizione dominante!*

Nel contesto di un insieme di pratiche di carattere fidelizzante ed escludente, sono stati ritenuti illeciti, quali varianti dei premi di fedeltà, gli sconti che, pur non essendo legati direttamente all'approvvigionamento presso l'impresa dominante per la totalità o la maggior parte del proprio fabbisogno, siano volti a favorire l'instaurazione di relazioni commerciali di lungo periodo. In *Enel Trade*, l'Autorità ha censurato la concessione di un *bonus* di fine anno ai clienti che avessero rinnovato l'accordo per l'anno successivo, giudicando la clausola illecita per il semplice fatto che, in fase di selezione del fornitore, l'acquirente non poteva non tener conto di tale vantaggio[137]. In *Telecom*, l'Autorità ha censurato pattuizioni negoziali che non contemplavano alcun obbligo d'approvvigionamento esclusivo, limitandosi a formulare un generico impegno del cliente a considerare Telecom *partner* privilegiato per eventuali nuovi progetti nell'ambito delle telecomunicazioni per la durata dell'accordo[138].

Ulteriori illecite varianti degli sconti fidelizzanti sono stati ritenuti gli incentivi intesi a premiare la collaborazione degli acquirenti alle strategie del fornitore, sì da porre i rivali in una posizione di svantaggio competitivo. Diversi esempi di tali pratiche sono rinvenibili nel caso *Coca-Cola*. Nel canale lungo (distribuzione mediante grossisti), l'impresa dominante aveva istituito un sistema basato sulla classificazione dei distributori in tre categorie (*top*, strategici e normali), cui si applicavano diversi livelli di sconto, risultanti dalla combinazione di tre differenti scontistiche, denominate *partnership*, *target* ed *extra*. Il sistema non era basato su criteri oggettivi e trasparenti, bensì suscettibile di applicazione flessibile e discrezionale[139]. Ad avviso dell'Autorità, ciò consentiva all'impresa egemone di modulare gli sconti concessi in modo da premiare la collaborazione del grossista allo sviluppo delle vendite, l'aumento dei volumi commercializzati e la disponibilità a instaurare una relazione di lungo periodo, al fine ultimo di fidelizzare i clienti e precludere l'accesso al mercato del suo principale antagonista[140].

---

[137] Autorità 27 novembre 2003, n. 12634 (A333), *Enel Trade-Clienti Idonei*, cit., §§ 240-242.

[138] Autorità 16 novembre 2004, n. 13752 (A351), *Comportamenti Abusivi di Telecom Italia*, cit., § 349.

[139] L'Autorità ha accertato che l'inclusione di un distributore in una determinata categoria dipendeva, oltre che dal fatturato realizzato, da un complesso di fattori non conosciuti o conoscibili dal grossista, né vincolanti per Coca-Cola, quali dimensione complessiva, controllo di attrezzature alla spina, numero di clienti serviti e forza di vendita. In ciascuna categoria, l'attribuzione dei livelli di sconto era effettuata tenendo conto non solo dei punteggi ricevuti in base ai parametri di classificazione, ma anche della disponibilità del grossista a collaborare alla strategia di Coca-Cola: v. Autorità 7 dicembre 1999, n. 7804 (A224), *Pepsico Foods and Beverages International-IBG Sud/Coca Cola Italia*, cit., §§ 137-144.

[140] *Id.*, §§ 162-172 e 182-188.

Nel settore delle bevande alla spina, l'Autorità ha accertato l'attuazione di una sistematica strategia offensiva, intesa a sostituire gli impianti di erogazione del principale concorrente mediante «l'offerta di vantaggiose condizioni contrattuali» [*sic!*], tra cui, segnatamente, contributi alle spese di riconversione, sconti selettivi e sconti condizionati all'assunzione di un impegno d'acquisto esclusivo[141].

Nel canale corto (distribuzione diretta), invece, Coca-Cola aveva offerto agli operatori della Grande Distribuzione (GD) e della Distribuzione Organizzata (DO) sconti e contributi condizionati a determinate modalità d'esposizione dei prodotti, alla riserva di spazi espositivi minimi, allo svolgimento di attività promozionali e alla trattazione di un certo numero di referenze[142]. Ad avviso dell'Autorità, oltre a distorcere le scelte allocative dei rivenditori, costringendoli a privilegiare prodotti che assicuravano margini ridotti, l'occupazione preventiva di un *input* essenziale per le imprese del settore, quali gli spazi di vendita, integrava una classica strategia di *raising rivals' costs*, perché obbligava i rivali a pagare di più per gli spazi residui, cagionando un accrescimento dei loro costi e, quindi, un innalzamento del livello dei prezzi[143]. Il Tar ha confermato l'illiceità della pratica, giudicandola una diversa manifestazione del fenomeno degli sconti fidelizzanti, posto che il beneficio finanziario erogato dall'operatore dominante rappresentava la contropartita per l'accettazione di particolari modalità di vendita, capaci di porre le altre imprese del settore in una situazione di svantaggio concorrenziale[144].

4.1.2. (segue) Gli sconti target

Analogamente agli sconti fidelizzanti, gli sconti *target* di carattere retroattivo sono stati tacciati d'illiceità sull'assunto che gli stessi tendano a eliminare o, comunque, limitare la libertà di scegliere le fonti d'approvvigionamento, in modo da ostacolare l'accesso di altri operatori al mercato. Anche in tal caso, a tenore della giurisprudenza e della prassi decisionale, il potenziale fidelizzante discende dal fatto che il sistema esercita

---

[141] *Id.*, §§ 192-215.

[142] L'Autorità ha ritenuto che gli operatori della GDO non potessero sottrarsi alle richieste dell'impresa dominante, per due ragioni: da un lato, la mancata disponibilità di prodotti Coca-Cola in assortimento avrebbe cagionato la perdita di consistenti quote di clientela, considerata la particolare forza attrattiva del marchio, di cui gli esercizi commerciali non potevano fare a meno; dall'altro, i margini incamerati dai distributori erano talmente ridotti da obbligarli ad accettare le condizioni impostegli per lucrare gli sconti e realizzare un pur limitato profitto.

[143] *Id.*, §§ 224-244.

[144] Cfr. Tar Lazio, sez. I, 11 dicembre 2000, n. 11485, cit.

una significativa pressione sugli acquirenti nel corso e, soprattutto, al termine del periodo di riferimento, giacché l'effettuazione degli acquisti incrementali necessari a raggiungere il *target* consente di beneficiare di uno sconto, o di un'aliquota più elevata, sull'intero fatturato realizzato lungo l'arco temporale interessato[145].

In *Michelin I*, la Commissione ha ritenuto che l'impresa dominante avesse sfruttato abusivamente la propria posizione sul mercato olandese dei pneumatici nuovi di ricambio per autoveicoli pesanti, praticando un sistema di sconti subordinati al raggiungimento di obiettivi d'acquisto fissati individualmente, con cadenza annuale, di concerto coi rivenditori[146]. Gli sconti avevano carattere retroattivo ed erano condizionati al raggiungimento di *target* fissati, di norma, a un livello più elevato dei volumi acquistati nell'anno precedente[147]. La Commissione ha ritenuto che il sistema mirasse a legare i commercianti al principale fornitore, ostacolando l'accesso al mercato di altri produttori, in quanto esercitava una pressione sui rivenditori nel corso e, soprattutto, al termine dell'anno, inducendoli a raggiungere gli obiettivi d'acquisto per ottenere lo sconto più elevato. Ad avviso della Commissione, il sistema costituiva una variante del fenomeno degli sconti fedeltà, posto che gli obiettivi erano determinati individualmente, in modo da assicurare al fornitore la massima percentuale del fabbisogno del singolo cliente[148].

Il carattere abusivo del sistema era aggravato dalla mancanza di notificazione e conferma, per iscritto, degli obiettivi e dei premi fissati per ciascun rivenditore: ne discendeva una situazione di scarsa trasparenza e incertezza, la quale, oltre ad acuire lo stato di dipendenza in cui versavano i commercianti, impediva loro di confrontare, con esattezza, il prezzo netto offerto dal principale fornitore con quelli praticati dai concorrenti, scoraggiando un'eventuale differenziazione delle fonti d'approvvigionamento[149].

La Corte di Giustizia ha confermato le valutazioni della Commissione. La Corte ha premesso che, per stabilire la natura abusiva di un sistema di sconti

---

[145] Cfr. Trib. UE 17 dicembre 2003, causa T-219/99, *British Airways/Commissione*, cit., §§ 271-273; Commissione 20 giugno 2001, caso COMP/E-2/36.041/PO, *Michelin*, cit., §§ 286-287; 14 luglio 1999, caso IV/D-2/34.780, *Virgin/British Airways*, cit., §§ 29-30.

[146] Commissione 7 ottobre 1981, caso IV/29.491, *Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin*, G.U. L 353/33 (1981).

[147] Di regola, il fornitore fissava le soglie in modo che l'obiettivo più elevato superasse l'ammontare degli acquisti effettuati nell'anno precedente, senza aumentare al contempo gli abbuoni corrispondenti. Pertanto, il distributore era sollecitato a vendere, ogni anno, quantitativi crescenti di pneumatici del fornitore dominante, onde ottenere quantomeno lo stesso abbuono annuale percepito in passato: *id.* § 24.

[148] *Id.*, § 44.

[149] *Id.*, § 47.

target, è necessario valutare tutte le circostanze, con particolare attenzione ai criteri e alle modalità di concessione del beneficio, onde accertare se la pratica miri, mediante un vantaggio non basato su una prestazione economica che lo giustifichi, a sopprimere o limitare la possibilità dell'acquirente di scegliere le fonti d'approvvigionamento, precludere l'accesso al mercato ai concorrenti, applicare alle controparti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti o rafforzare la posizione dominante mediante una concorrenza falsata[150]. Nella specie, il giudice europeo ha ritenuto che il sistema limitasse la possibilità di scelta delle fonti d'approvvigionamento da parte dei rivenditori e ostacolasse l'accesso dei concorrenti al mercato, attribuendo particolare rilievo ai seguenti fattori[151]:

a) la lunghezza del periodo di riferimento. Ad avviso della Corte, un sistema di sconti concessi in funzione delle quantità vendute nel corso di un arco temporale relativamente lungo esercita, alla fine del periodo di riferimento, una notevole pressione sull'acquirente, inducendolo ad acquistare il quantitativo necessario per ottenere un vantaggio finanziario computato sull'intero fatturato;

b) la notevole differenza tra la quota di mercato dell'impresa egemone e quella dei suoi principali concorrenti. Onde compensare il cliente per la perdita del vantaggio finanziario legato al raggiungimento degli obiettivi, un concorrente avrebbe dovuto offrire uno sconto percentuale molto elevato, in quanto calcolato su un volume di acquisti inferiore a quelli effettuati presso l'impresa dominante, in particolare verso la fine del periodo di riferimento;

c) la scarsa trasparenza del sistema di sconti. Lo stato d'incertezza in cui versavano i rivenditori, che non potevano generalmente prevedere, con sicurezza, le conseguenze del mancato raggiungimento degli obiettivi, acuiva la pressione esercitata sugli stessi dal sistema di sconti.

In *Michelin I*, quindi, la Corte ha ricollegato l'effetto fidelizzante della pratica, *inter alia*, a una durata critica dell'arco temporale di riferimento. In tale ottica, in *San Pellegrino*, la Commissione ha tollerato l'adozione di un sistema di sconti *target* da parte di Coca-Cola, a condizione che il periodo di riferimento non eccedesse tre mesi[152]. Tuttavia, l'evoluzione della prassi giurisprudenziale e decisionale successiva è stata caratterizzata da una crescente intransigenza delle istituzioni europee, che hanno sancito, a più riprese, l'illiceità della pratica a prescindere dalla durata del periodo di riferimento.

---

[150] Corte Giust. 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin/Commissione*, cit., § 73.

[151] *Id.*, §§ 80-86.

[152] Cfr. Commissione, *Diciannovesima relazione sulla politica di concorrenza*, Brussels, 1990, 65-66.

In *Irish Sugar*[153], la Commissione ha contestato all'impresa dominante, *inter alia*, due tipi di sconti *target*: in primo luogo, nell'ambito di una più ampia strategia intesa a contrastare le importazioni nel mercato irlandese dalla Francia, il fornitore aveva offerto a un cliente un prezzo particolarmente vantaggioso, subordinatamente al raggiungimento di un determinato livello di acquisti; in secondo luogo, l'impresa egemone aveva promesso ai principali grossisti irlandesi sconti condizionati all'effettuazione di acquisti superiori a quelli realizzati nel periodo di riferimento anteriore e corrispondenti, all'incirca, al loro fabbisogno totale. La Commissione ha ritenuto che le iniziative commerciali dell'impresa dominante fossero incompatibili con le norme antitrust, poiché miravano a legare i clienti al principale fornitore, impedendo ai nuovi entranti di stabilirsi nel mercato.

Il Tribunale UE ha confermato l'illiceità della pratica, omettendo qualsiasi riferimento alla durata del periodo di riferimento. I giudici di Lussemburgo hanno evocato l'insegnamento della Corte di Giustizia a tenore del quale la concessione di sconti viola le norme antitrust ove il beneficio non sia basato su una prestazione economica che lo giustifichi, bensì tenda a eliminare o limitare la possibilità di scelta delle fonti d'approvvigionamento da parte del cliente, in modo da precludere l'accesso degli altri fornitori al mercato[154].

In *British Airways*, la Commissione ha sanzionato il principale vettore aereo britannico per aver attuato tre schemi di commissioni, che ricompensavano gli agenti di viaggio del Regno Unito per il raggiungimento di obiettivi di vendita fissati individualmente, nel corso di un periodo di riferimento pari, rispettivamente, a un anno, un trimestre e un mese[155]. In tutti i

---

[153] Commissione 14 maggio 1997, caso IV/34.621, 35.059/F-3, *Irish Sugar*, G.U. L 258/1 (1997).

[154] Trib. UE 7 ottobre 1999, causa T-228/97, *Irish Sugar/Commissione*, cit., §§ 194-202 e 213-214.

[155] Commissione 14 luglio 1999, caso IV/D-2/34.780, *Virgin/British Airways*, cit., §§ 6-30. In particolare, in forza degli «accordi di *marketing*», le principali agenzie di viaggi del Regno Unito percepivano, in aggiunta alla commissione ordinaria, un premio di produzione, il cui ammontare era determinato sulla base di una scala progressiva, in relazione all'incremento delle vendite rispetto all'anno precedente. Gli «accordi mondiali» prevedevano l'istituzione di programmi speciali di incentivi per tre agenzie di viaggi, che percepivano commissioni supplementari calcolate sulla base dell'incremento della quota delle loro vendite mondiali attribuibile a British Airways, in un periodo di riferimento trimestrale. Infine, il «sistema di remunerazione dei risultati» contemplava, in aggiunta alle commissioni standard, pari al 7%, ulteriori pagamenti fino a un massimo del 3% sui biglietti internazionali e dell'1% su quelli nazionali. Il livello di tali pagamenti dipendeva dai risultati conseguiti dall'agente, misurati ponendo a confronto le vendite effettuate in un dato mese con quelle realizzate nel periodo corrispondente dell'anno precedente. Il premio era subordinato al superamento del 95% del

casi, il raggiungimento degli obiettivi determinava un aumento della commissione corrisposta su tutti i biglietti venduti dall'agenzia. La Commissione ha stimato che, per compensare la perdita di un beneficio finanziario computato sul fatturato totale, un concorrente minore intenzionato a sottrarre alla compagnia di bandiera una piccola quota delle vendite, pari all'uno per cento, avrebbe dovuto offrire un compenso percentuale notevolmente più elevato. Pertanto, ad avviso della Commissione, i sistemi di incentivi istituiti da British Airways avevano effetti analoghi a quelli di un impegno d'approvvigionamento esclusivo, con conseguente pregiudizio per i concorrenti attuali e potenziali, cui era reso difficoltoso l'accesso al principale canale distributivo del settore, che veicolava l'85% delle vendite di biglietti aerei[156]. Di fatto, i rivali erano riusciti a conquistare quote di mercato a seguito della liberalizzazione del settore, ma la Commissione non ha attribuito rilievo a tale circostanza, limitandosi a presumere che, «in assenza di detti sistemi di commissioni abusivi, i concorrenti avrebbero avuto un successo maggiore»[157].

In sede d'impugnazione, il Tribunale UE ha ritenuto che, nella specie, l'effetto fidelizzante fosse incontestabile: in ragione del carattere progressivo dei sistemi, le aliquote di commissione potevano aumentare in modo esponenziale da un periodo di riferimento all'altro, in funzione dell'incremento delle vendite di biglietti di British Airways; per converso, una regressione anche lieve dei volumi commercializzati poteva comportare forti perdite per gli agenti, in virtù della diminuzione del tasso dei premi sull'intero fatturato realizzato per conto dell'impresa dominante[158]. Il giudice europeo ha rigettato l'obiezione secondo cui i concorrenti sarebbero stati in grado di reagire alla politica commerciale dell'impresa dominante concludendo accordi simili con gli agenti: il Tribunale ha ritenuto sufficientemente dimostrato che i ricavi realizzati dalle altre compagnie non costituivano una base economica abbastanza ampia da consentirgli d'istituire efficacemente un analogo sistema

---

fatturato realizzato nel periodo anteriore e, raggiunta la soglia minima, aumentava al crescere del giro d'affari.

[156] *Id.*, § 103.

[157] *Id.*, § 107.

[158] Trib. UE 17 dicembre 2003, causa T-219/99, *British Airways/Commissione*, cit., §§ 271-273. Il Tribunale non ha condiviso la tesi secondo cui le agenzie di viaggi erano in grado d'influenzare solo marginalmente la scelta della compagnia aerea da parte dei viaggiatori, in ragione della rilevante funzione di filtraggio delle informazioni espletata dagli agenti, a fronte della proliferazione di strutture tariffarie nel settore del trasporto aereo: v. § 274. Secondo G. FEDERICO, *SAA II: Abuse of Dominance in the South African Skies*, 2012, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=2119495, la capacità delle agenzie di viaggi di deviare le scelte dei consumatori riveste un ruolo centrale nell'analisi del potenziale escludente delle politiche d'incentivazione attuate da compagnie aeree.

di premi, in quanto le vendite effettuate dal vettore dominante tramite agenzie del Regno Unito rappresentavano un multiplo di quelle dei principali rivali[159].

Inoltre, il Tribunale ha disatteso le censure fondate sulla mancata dimostrazione di un effettivo impatto sul mercato, sottolineando che, ai fini dell'accertamento di una violazione dell'art. 102 TFUE, non è necessario dimostrare effetti anticoncorrenziali concreti, essendo sufficiente che il comportamento abusivo «tende a restringere la concorrenza o, in altri termini, ... è tale da produrre o da poter produrre un effetto del genere»[160]. In ogni caso, poi, un effetto sui mercati britannici del trasporto aereo doveva presumersi, posto che le agenzie di viaggi garantivano, all'epoca dei fatti contestati, la collocazione dell'85% di tutti i biglietti aerei venduti nel Regno Unito; né l'incremento delle quote di mercato dei concorrenti provava il contrario, essendo legittimo ritenere che, in assenza delle pratiche contestate, gli stessi avrebbero potuto avere maggior successo[161].

La Commissione è tornata a occuparsi degli sconti *target* in *Michelin II*[162], *sequel* del caso deciso dalle istituzioni europee un ventennio prima e, per il suo sapore di *déjà-vu*, emblema della mancata evoluzione della politica della concorrenza in materia[163]. Il complesso sistema istituito dall'impresa transalpina prevedeva, *inter alia*, un «premio di progresso», applicato in modo retroattivo sull'intero fatturato annuale, subordinatamente alla realizzazione di un numero minimo di acquisti corrispondente ai risultati dell'anno precedente o, in alternativa, alla media degli ultimi due o tre anni. Il premio di progresso era stato sostituito, a partire dal 1997, da un nuovo sistema, articolato in «sconti

---

[159] *Id.*, §§ 276-278.

[160] *Id.*, § 293.

[161] *Id.*, §§ 294-298. A seguito del caso *Virgin/British Airways*, la Commissione ha esplicitato alcune linee di *policy* relative alle commissioni versate dalle compagnie aeree alle agenzie di viaggi, con la diffusione di un comunicato stampa che stabiliva una serie di regole rigorose, prive di qualsiasi riferimento alla capacità dei concorrenti di compensare i premi concessi dall'impresa dominante e ai verosimili effetti sul mercato. In particolare, il comunicato stampa chiariva che, per essere leciti, le commissioni dovevano essere giustificate sul piano economico e concesse per un periodo di riferimento non superiore a sei mesi, non potevano essere collegate a obiettivi individuali di vendita, dovevano crescere in modo lineare e non potevano essere applicate in modo retroattivo. Inoltre, le agenzie di viaggio dovevano essere libere di vendere biglietti di altre compagnie aeree. Sul punto, cfr. J. FINNEGAN, *Commission sets out its policy on commissions paid by airlines to travel agents*, in *Competition Policy Newsletter*, 1999, 3, 23.

[162] Commissione 20 giugno 2001, caso COMP/E-2/36.041/PO, *Michelin*, cit.

[163] «*Michelin 2 – the underlying approach, not the treatment of the particular facts – comes as a stark remainder that we have not moved forward in 20 years*»: cfr. B. SHER, *Price Discounts and Michelin 2: What Goes Around, Comes Around*, in *European Competition Law Review*, 2002, 482.

su fattura» e «premi per obiettivi raggiunti», entrambi basati su *target* annuali individuali[164].

La Commissione ha stigmatizzato il potenziale fidelizzante di tali sistemi, che esercitavano una forte pressione sui rivenditori, inducendoli a raggiungere e superare gli obiettivi d'acquisto. Nella valutazione della portata fidelizzante del sistema istituito dall'impresa d'oltralpe, la decisione ha attribuito particolare rilievo alla lunghezza dell'arco temporale di riferimento, che non era stata ritenuta fattore determinante nell'analisi dei casi *Irish Sugar* e *British Airways*[165].

In sede d'impugnazione, l'impresa dominante ha lamentato l'inadeguatezza dell'analisi degli effetti della pratica. Ad avviso di Michelin, l'assenza di reali ripercussioni concorrenziali era testimoniata dal fatto che, durante l'attuazione della politica di sconti, la quota di mercato e i prezzi dell'impresa dominante erano diminuiti, i rivali avevano consolidato la propria posizione e alcuni produttori esteri avevano fatto ingresso nel mercato. Tuttavia, il Tribunale UE ha disatteso tale motivo d'impugnazione, enfatizzando la rilevanza dell'intento escludente che, a suo avviso, animava la politica di sconti dell'impresa egemone: in primo luogo, la sentenza ha ribadito che non è necessario provare l'esistenza di effetti attuali, essendo sufficiente dimostrare che il comportamento abusivo «mira a restringere la concorrenza o, in altri termini, ... è tale da avere o può avere un simile effetto»[166]; quindi, il giudice europeo si è spinto sino a porre sullo stesso piano l'oggetto e l'effetto della pratica, affermando che «se si dimostra che lo scopo perseguito dal comportamento di un'impresa in posizione dominante è di restringere la concorrenza, detto comportamento potrà anche avere tale effetto»[167]; infine, il Tribunale ha precisato che, ove un'impresa attui una condotta avente uno scopo anticoncorrenziale, il mancato conseguimento del risultato sperato non preclude

[164] La misura degli sconti su fattura dipendeva dai risultati realizzati in passato, in particolare da quelli dell'anno precedente, o dalla media degli ultimi due o tre anni, secondo la soluzione più favorevole al rivenditore. Era prevista, peraltro, una «regolarizzazione di fine anno», che consentiva di adeguare gli sconti concessi, nel caso in cui gli acquisti effettuati dal rivenditore nell'anno in corso consentissero di accedere a un'aliquota superiore a quella applicata sulla base del periodo trascorso. Oltre a tale adeguamento, i rivenditori beneficiavano di un «premio di fine anno», la cui misura dipendeva dal livello degli sconti su fattura e dal fatturato netto realizzato. Il premio per obiettivo raggiunto, invece, era condizionato al raggiungimento di un *target* di acquisti determinato in funzione del potenziale del rivenditore (ossia, dei risultati conseguiti negli anni precedenti) e dell'evoluzione prevista del mercato.

[165] Commissione 20 giugno 2001, caso COMP/E-2/36.041/PO, *Michelin*, cit., § 287.

[166] Trib. UE 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin/Commissione*, cit., § 239.

[167] *Id.*, § 241.

l'applicazione dell'art. 102 TFUE[168]. In ogni caso, poi, la diminuzione della quota di mercato e dei prezzi dell'impresa egemone non era incompatibile, secondo il Tribunale, con l'esistenza di effetti anticompetitivi, essendo molto probabile che, in assenza della pratica contestata, il grado di concorrenza sarebbe stato maggiore[169].

La chiusura pressoché assoluta delle istituzioni europee nei confronti degli sconti *target* è stata confermata dagli impegni previsti dall'*Undertaking Coca-Cola*, che vietava all'impresa dominante la concessione di abbuoni condizionati al raggiungimento, in un determinato arco temporale, di obiettivi d'acquisto o tassi di crescita individuali, stabiliti con riferimento al fatturato generato in un precedente periodo di riferimento o in altro modo[170].

Gli sconti *target* sono stati reiteratamente tacciati d'illiceità anche nella prassi antitrust nazionale. In *Coca Cola Italia*, l'articolato sistema congegnato dall'impresa dominante contemplava, *inter alia*, la concessione di sconti *target* di carattere retroattivo. Il beneficio, applicato separatamente alle cole e alle bevande ad altri gusti, era subordinato al soddisfacimento di obiettivi di aumento percentuale del fatturato o dei volumi venduti nel corso di ogni trimestre rispetto al corrispondente periodo dell'anno precedente[171].

In *Alitalia*[172], l'Autorità ha fatto perno sulle indicazioni fornite dalla decisione *British Airways* della Commissione per condannare, ex art. 102 TFUE, gli schemi d'incentivazione applicati dalla compagnia aerea di bandiera, nel quadriennio 1997-2000, per premiare la fedeltà delle agenzie di viaggi e arginare l'erosione delle proprie quote di mercato a fronte della liberalizzazione del settore. In aggiunta alle commissioni ordinarie, gli schemi contestati contemplavano la corresponsione di premi ulteriori (*over commission*),

---

[168] *Id.*, § 245.

[169] *Ibid.*

[170] Cfr. *Press Release* - IP/05/775 del 22 giugno 2005, nonché *Undertaking*, Case COMP/39.116/B-2, *Coca-Cola*, cit., § II.A.4.

[171] Autorità 7 dicembre 1999, n. 7804 (A224), *Pepsico Foods and Beverages International-IBG Sud/Coca Cola Italia*, cit., §§ 173-179. Il *target* era fissato a un livello superiore al tasso d'incremento del mercato, in modo da tendere a saturare la domanda del distributore. Sebbene il periodo di riferimento fosse trimestrale, di norma gli sconti erano recuperabili annualmente, posto che, qualora l'insieme degli acquisti annuali fosse risultato superiore alla somma dei diversi *target*, al termine dell'anno i distributori potevano ricevere gli incentivi non liquidati nei trimestri precedenti per il mancato raggiungimento degli obiettivi. Nel canale lungo (distribuzione tramite grossisti), alcuni imbottigliatori autorizzati avevano attuato analoghi sistemi di sconti *target*, condizionati a un incremento percentuale delle vendite o al raggiungimento di obiettivi prestabiliti, nel corso di un periodo di riferimento bimestrale, trimestrale, o annuale: *id*, §§ 253-262.

[172] Autorità 27 giugno 2001, n. 9693 (A291), *Assoviaggi/Alitalia*, in *Bollettino*, 2001, 26.

condizionati al raggiungimento di obiettivi di vendita di biglietti aerei dell'*incumbent*, in un arco temporale che variava da due a dodici mesi[173]. Nel rilevare l'illiceità della pratica per il suo potenziale fidelizzante, l'Autorità ha richiamato i principî sanciti dall'elaborazione giurisprudenziale europea in tema di sconti, ritenuti applicabili anche alla corresponsione di commissioni aggiuntive per la fornitura di servizi d'agenzia, trattandosi di forme d'incentivazione intese ad assicurarsi la fedeltà della controparte e precludere l'accesso dei rivali al mercato[174].

Analogamente, in *Telecom*, l'Autorità ha ritenuto abusive le offerte commerciali che contemplavano una riduzione dei prezzi correlata al raggiungimento di obiettivi di spesa determinati in base a stime del fabbisogno del singolo cliente, corrispondenti ai volumi di traffico realizzati l'anno precedente[175].

Gli incentivi alla fedeltà del cliente sono stati ritenuti illeciti anche qualora derivino dall'applicazione di penalizzazioni o condizioni economiche più onerose in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi d'acquisto. In *Tekal/Italcementi*[176], l'impresa dominante aveva stipulato con alcuni clienti contratti di somministrazione triennali, che contemplavano la concessione di uno sconto lineare sul prezzo di listino, unitamente all'applicazione di una penale d'eguale misura percentuale per ogni tonnellata di prodotto acquistata in meno rispetto a un quantitativo minimo prestabilito[177]. L'Autorità ha ritenuto che, pur essendo diversamente strutturato, il sistema producesse effetti analoghi a quelli riconducibili agli sconti fidelizzanti, poiché il rischio dell'applicazione delle penali in caso di mancato raggiungimento della soglia dissuadeva gli

---

[173] Di norma, gli obiettivi di vendita erano pari, quantomeno, alle performance realizzate dall'agente nel corrispondente periodo dell'anno precedente. In diversi schemi, il raggiungimento di volumi di vendite più elevati comportava il riconoscimento di ulteriori incentivi di ammontare percentuale crescente, computati sull'intero volume di vendite realizzato nell'arco temporale di riferimento o sulle sole vendite incrementali. *Id.*, §§ 15-39.

[174] *Id.*, § 107. Successivamente, l'Autorità ha comminato al vettore aereo un'ulteriore sanzione pecuniaria per inottemperanza. Ad avviso dell'Autorità, benché fossero stati modificati, i nuovi contratti d'incentivazione stipulati nel 2002 mantenevano inalterato il carattere fidelizzante e discriminatorio, giacché le commissioni aggiuntive continuavano a essere calcolate in funzione del valore delle vendite realizzate l'anno precedente: v. Autorità 18 luglio 2002, n. 10981 (A291B), *Assoviaggi/Alitalia*, in *Bollettino*, 2002, 29.

[175] Autorità 16 novembre 2004, n. 13752 (A351), *Comportamenti Abusivi di Telecom Italia*, cit., §§ 350-351.

[176] Autorità 9 febbraio 1995, n. 2793 (A76), *Tekal/Italcementi*, in *Bollettino*, 1995, 6.

[177] Inoltre, era previsto che l'acquirente potesse recedere dal contratto con preavviso di sei mesi, pagando una penale calcolata sulla minor quantità del prodotto acquistata al momento dell'efficacia del recesso rispetto al quantitativo minimo complessivo previsto per l'intera durata del contratto: *id.*, § VI.ii.

acquirenti dall'approvvigionarsi presso fornitori concorrenti, costringendo questi ultimi a offrire sconti particolarmente consistenti per assicurarsi una porzione, pur marginale, della domanda dei singoli clienti[178].

4.1.3. (segue) Gli sconti quantitativi

Per anni, nel diritto europeo della concorrenza gli sconti quantitativi sono stati oggetto di un particolare *favor*, per la loro attitudine a riflettere economie di scala o, comunque, risparmi di costo resi possibili da ordini d'ingente ammontare. In particolare, nei casi *Michelin I* e *Hoffmann-La Roche*, la Corte di Giustizia, pur non occupandosi direttamente degli sconti quantitativi, ne ha affermato la liceità in linea di principio, in contrapposizione ad altre tipologie di sconti ritenute anticompetitive per il loro carattere fidelizzante[179].

La Commissione europea s'è occupata degli sconti quantitativi per la prima volta in *BPB Industries*[180]. L'impresa dominante nei mercati dei pannelli in gesso cartonato della Gran Bretagna e dell'Irlanda aveva introdotto un regime di sconti quantitativi, per verificare i risparmi realizzabili attraverso forniture d'ingente ammontare in termini di minori costi unitari di trasporto. Una volta accertato che i risparmi di costo erano inferiori a quanto preventivato, l'impresa dominante aveva deciso di mantenere comunque in vigore il sistema di sconti quale misura concorrenziale, per contrastare i ribassi di prezzo attuati da un antagonista particolarmente aggressivo in alcune aree geografiche. Sebbene gli sconti non riflettessero esattamente le economie rese possibili dall'incremento delle vendite[181], la Commissione non ha ritenuto abusiva, *in parte qua*, la politica commerciale dell'impresa dominante, in quanto: (i) la porzione dello sconto non giustificata da risparmi di costo era

[178] In particolare, l'Autorità ha rilevato che, in forza del sistema di sconti e penali, un concorrente che avesse voluto rifornire i clienti, seppur per una quantità minima, avrebbe dovuto offrirgli uno sconto d'entità superiore quanto meno al doppio della riduzione del prezzo praticato dall'impresa egemone. *Ibid.*

[179] Cfr. Corte Giust. 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin/Commissione*, cit., §§ 71-72; Corte Giust. 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, cit., § 90. Parte della dottrina ha interpretato le citate pronunzie della Corte di Giustizia nel senso che gli sconti quantitativi debbano ritenersi leciti indipendentemente da eventuali risparmi di costo, in quanto rientrerebbero nel paradigma della *competition on the merits*: cfr. J. KALLAUGHER-B. SHER, *op. cit.* Tuttavia, l'evoluzione della giurisprudenza e della prassi decisionale non ha confermato siffatta lettura.

[180] Commissione 5 dicembre 1988, caso IV/31.900, *BPB Industries*, cit.

[181] In particolare, gli sconti, praticati in due distinte contee (lo Hampshire e il Dorset), erano pari, rispettivamente, al 4% e al 5,5%, ma consentivano risparmi di costo nell'ordine, al più, dell'1,5%.

trascurabile; (ii) l'offerta era aperta a tutti i clienti, sebbene interessasse un'area geografica limitata; (iii) in tale ambito, l'impresa dominante fronteggiava la concorrenza di un rivale che praticava prezzi particolarmente competitivi; e (iv) non vi erano elementi per ritenere che il sistema configurasse un'operazione di concorrenza sleale [*sic!*], né che rientrasse in un piano di allineamento sistematico.

La *ratio* sottesa alla decisione della Commissione in *BPB Industries* è alquanto nebulosa[182]. Il provvedimento è parso costituire null'altro che un'eccezione al principio generale secondo cui, per essere leciti, gli sconti praticati da un'impresa egemone devono riflettere risparmi di costo o, comunque, essere giustificati sul piano economico: eccezione giustificata, essenzialmente, dal limitato potenziale offensivo della pratica[183].

Alcuni anni dopo, il suddetto principio è stato ribadito dalla Commissione nel caso *Irish Sugar*. Nel condannare diverse scontistiche di carattere fidelizzante, infatti, la Commissione ha ricordato che, per converso, devono ritenersi leciti, di norma, gli sconti quantitativi che riflettono risparmi di costo resi possibili da ordinativi d'ingente ammontare[184].

In *Michelin II*, peraltro, le istituzioni europee hanno chiarito che anche un sistema di sconti quantitativi retroattivi può integrare un'infrazione alle norme antitrust, ove tenda a limitare la possibilità dell'acquirente di scegliere le proprie fonti d'approvvigionamento, ostacolando l'accesso dei concorrenti al mercato[185]. Nella specie, l'impresa dominante aveva attuato un sistema di sconti quantitativi crescenti, basati su una griglia articolata in una serie di soglie di fatturato relativamente vicine tra loro, il cui raggiungimento comportava l'applicazione retroattiva della riduzione di prezzo a tutti gli acquisti realizzati nel corso del periodo di riferimento, pari a un anno[186]. Ad avviso della Commissione, il sistema tendeva a sopprimere o, comunque, limitare la libertà di scegliere le fonti d'approvvigionamento, con conseguente preclusione dell'accesso dei concorrenti al mercato. Posto che gli sconti erano calcolati sulla base dell'intero fatturato realizzato in un arco temporale relativamente lungo, alla fine del periodo di riferimento il sistema esercitava una forte

---

[182] Cfr. M. WAELBROECK, *Price Discrimination and Rebate Policies under EU Competition Law*, in *Fordham Corporate Law Institute*, 1995, 147, 159.

[183] In tal senso, cfr. J. FAULL-A. NIKPAY, *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, Oxford, 1999, § 3.246.

[184] Commissione 14 maggio 1997, caso IV/34.621, 35.059/F-3, *Irish Sugar*, cit.

[185] Commissione 20 giugno 2001, caso COMP/E-2/36.041/PO, *Michelin*, cit.; Trib. UE 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin/Commissione*, cit.

[186] Il tasso di sconto variava da un minimo del 7,5% a un massimo del 13%, crescendo dello 0,5% all'inizio della scala e dello 0,05% verso la sua fine.

pressione sull'acquirente, inducendolo a rifornirsi esclusivamente presso Michelin per raggiungere le soglie di acquisti fissate dall'impresa dominante[187]. L'effetto fidelizzante era acuito dallo stato d'incertezza in cui versavano i rivenditori, che non conoscevano l'effettivo ammontare del prezzo d'acquisto sino allo spirare del periodo di riferimento, e dalla necessità d'incamerare gli sconti per evitare di subire perdite, dati gli esigui margini del settore.

In sede d'impugnazione, Michelin ha lamentato che il provvedimento non era sorretto da un adeguato impianto probatorio e motivazionale: la Commissione avrebbe dovuto provare che gli abbuoni erano atti, nel lungo termine, a compromettere la struttura concorrenziale del mercato, consentendo all'operatore egemone di esercitare potere di mercato e, in ultima istanza, recuperare i costi generati dalla politica di sconti, a detrimento degli interessi dei consumatori. L'argomento, che riecheggiava il *recoupment test* adottato dalla giurisprudenza statunitense in tema di prezzi predatori, avrebbe potuto aprire il varco a una riflessione ad ampio raggio circa l'impianto concettuale di matrice ordo-liberale su cui poggiava il divieto delle condotte unilaterali escludenti, ma è stato rigettato dal Tribunale UE, che ha avallato la decisione richiamando insegnamenti giurisprudenziali sedimentati in tema di sconti fedeltà e *target*.

Il Tribunale ha ricordato, anzitutto, l'orientamento tralatizio della giurisprudenza europea secondo cui la concessione di sconti è lecita ove rifletta risparmi di costo, ma integra una condotta anticompetitiva allorché si traduca in un vantaggio privo di giustificazione economica, che tende a rimuovere o restringere la libertà dell'acquirente di scegliere la proprie fonti d'approvvigionamento, a precludere l'accesso al mercato per i concorrenti, ad applicare condizioni dissimili per prestazioni equivalenti o a rafforzare la posizione dell'impresa dominante[188]. Ad avviso del Tribunale, il sistema di *rebates* attuato da Michelin non corrispondeva alla nozione di sconti quantitativi leciti enucleata dalla giurisprudenza europea. Il potenziale fidelizzante ed escludente del sistema è stato argomentato sulla base di due principali considerazioni: (i) il carattere retroattivo degli sconti incentivava i distributori a rifornirsi presso l'impresa egemone, giacché un piccolo incremento del fatturato comportava la possibilità di beneficiare di abbuoni considerevoli, computati sull'intero ammontare degli acquisti effettuati nel corso del periodo di riferimento; e (ii) la lunghezza dell'arco temporale

[187] Ai livelli alti della scala, la pressione sui rivenditori era acuita dalla possibilità di sottoscrivere una speciale «convenzione commerciale», che attribuiva il diritto ad abbuoni supplementari: v. Commissione 20 giugno 2001, caso COMP/E-2/36.041/PO, *Michelin*, cit., § 230.

[188] Cfr. Trib. UE 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin/Commissione*, cit., § 60.

accresceva la pressione sugli acquirenti, acuendo gli effetti escludenti nei confronti dei concorrenti[189].

In *Michelin II*, la condanna degli sconti quantitativi prescinde dalla verifica della possibilità, per un concorrente altrettanto efficiente, di far fronte agli sconti concessi dall'impresa dominante, formulando un'offerta competitiva senza incorrere in perdite. Nella decisione, la Commissione ha evidenziato che, grazie alla sue ingenti quote di mercato, l'impresa egemone era in grado di ammortizzare il costo degli sconti, mentre i suoi concorrenti non potevano fare altrettanto e, quindi, dovevano accettare un livello di redditività inferiore o rinunciare a incrementare le proprie vendite[190]. Tuttavia, la Commissione non ha verificato se un concorrente altrettanto efficiente fosse in grado di compensare l'acquirente per la perdita totale o parziale degli sconti, formulando un'offerta per la fornitura della totalità o di parte del fabbisogno dello stesso a un prezzo scontato, ma comunque remunerativo.

Il Tribunale si è spinto oltre, calcolando che, al margine, lo sconto concesso dall'impresa dominante, computato sull'intero volume di acquisti, poteva essere pari al 7500% del prezzo di listino. Tuttavia, l'allocazione dell'intero sconto sull'ultima unità venduta prima del raggiungimento della soglia conduceva a risultati abnormi e irrealistici. I rivali avrebbero potuto distribuire l'onere finanziario su una quota di fatturato più estesa, corrispondente al limite all'intera porzione contendibile della domanda del cliente: nel qual caso, non era irragionevole ipotizzare che essi potessero formulare un'offerta competitiva, offrendo uno sconto con un tasso superiore a quello praticato dall'impresa egemone, ma pur sempre sostenibile[191].

I dubbi circa l'adeguatezza dell'analisi operata dalla Commissione e dal Tribunale erano rafforzati dal fatto che, nel periodo d'applicazione del sistema di sconti, l'impresa transalpina aveva perso significative quote di mercato. L'evoluzione del mercato rappresentava un forte indizio della capacità dei rivali di formulare offerte competitive, ma il Tribunale ha omesso di valutare in

[189] Il Tribunale ha sottolineato, altresì, che il carattere fidelizzante della pratica era acuito dalla simultanea applicazione di diverse tipologie di sconti: infatti, gli abbuoni erano parte di un sistema complesso e articolato che impediva ai rivenditori di conoscere il prezzo finale prima del termine del periodo di riferimento, ponendoli in una situazione d'incertezza e di dipendenza *vis-à-vis* il fornitore.

[190] Commissione 20 giugno 2001, caso COMP/E-2/36.041/PO, *Michelin*, cit., § 241.

[191] A. HEIMLER, *op. cit.*, dimostra come, verosimilmente, un nuovo entrante intenzionato a conquistare una quota pari al 5% del fatturato di un cliente avrebbe dovuto offrire uno sconto solo leggermente superiore a quello praticato dall'impresa egemone, in sintonia con quanto sostenuto, in applicazione di un diverso test, da A. MAJUMDAR-S. BISHOP-D. RIDYARD-I. WILLIAMS-U. AKGUN, *op. cit.*, 191-195, per i quali il sistema attuato dall'impresa egemone non sembrava implicare l'offerta di prezzi effettivi inferiori ai costi per la porzione contendibile della domanda dei clienti.

dettaglio le possibili ragioni della crescita dei concorrenti, limitandosi a presumere che, in assenza del sistema di sconti, la crescita dei rivali sarebbe stata maggiore[192].

4.1.4. (segue) Gli effetti escludenti degli sconti fidelizzanti retroattivi: quadro di sintesi e limiti dell'orientamento tradizionale delle istituzioni europee

Nella prassi europea, gli sconti fedeltà e *target* retroattivi offerti da un'impresa dominante sono stati ritenuti illeciti virtualmente *per se*, perché tendono a eliminare o limitare la libertà di scegliere le fonti d'approvvigionamento, ostacolando l'accesso al mercato e la crescita dei concorrenti. Inoltre, sono stati ritenuti illeciti, quali varianti dei premi di fedeltà, gli sconti che, pur non essendo legati direttamente all'approvvigionamento presso l'impresa dominante per la totalità o la maggior parte del proprio fabbisogno, siano volti a premiare la collaborazione degli acquirenti alle strategie del fornitore, in modo da porre i rivali in una posizione di svantaggio competitivo[193]. Nel quadro di un sistema di sconti di carattere fidelizzante, persino pattuizioni apparentemente inoffensive, o finanche pro-concorrenziali, sono state ritenute incompatibili con le norme antitrust, ove s'accompagnassero a impegni d'approvvigionamento, contribuendo a preservare la posizione di mercato dell'impresa egemone[194], o consentissero di monitorare il comportamento dei rivenditori, acuendone lo stato di dipendenza e soggezione[195].

---

[192] Cfr. Trib. UE 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin/Commissione*, cit., § 245.

[193] In *Michelin II*, ad esempio, sono stati ritenuti fidelizzanti gli sconti condizionati al rispetto di determinate percentuali minime di rifornimento di nuovi prodotti: cfr. Commissione 20 giugno 2001, caso COMP/E-2/36.041/PO, *Michelin*, cit., §§ 254-255.

[194] In particolare, in *Michelin II*, sono stati ritenuti illeciti, oltre all'obbligo di garantire all'impresa egemone una certa quota delle vendite, quelli di promuovere la sua marca e non sviare la domanda spontanea per i suoi prodotti, in quanto parti integranti di una complessiva condotta escludente: v. Commissione 20 giugno 2001, caso COMP/E-2/36.041/PO, *Michelin*, cit., §§ 317-321; Trib. UE 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin/Commissione*, cit., §§ 175-212. Ma v., altresì, Commissione 14 luglio 1999, caso IV/D-2/34.780, *Virgin/British Airways*, cit., § 104, ove gli obblighi di promuovere i prodotti di British Airways e non trattare la compagnia di bandiera in modo meno favorevole di qualsiasi altro vettore, sebbene di per sé non abusivi, sono stati stigmatizzati per la loro attitudine a rafforzare gli effetti di un sistema di sconti fidelizzanti.

[195] Un esempio è dato dall'obbligo del rivenditore di fornire una serie di informazioni circa la propria azienda e l'andamento delle vendite, previsto dalla Convenzione Club nel caso *Michelin*: v. Commissione 20 giugno 2001, caso COMP/E-2/36.041/PO, *Michelin*, cit., §§ 323-326; Trib. UE 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin/Commissione*, cit., §§ 213-220.

L'impostazione di matrice ordo-liberale nell'applicazione dell'art. 102 TFUE, votata alla garanzia dell'accesso ai mercati e alla protezione della libertà commerciale dei concorrenti minori, s'è tradotta in un divieto generalizzato e pressoché incondizionato di sconti, abbuoni, contributi e altre forme d'incentivazione che incoraggino, in varia guisa, la fedeltà del cliente. In ossequio al dogma della speciale responsabilità che incombe sulle imprese dominanti a mo' di spada di Damocle, le istituzioni europee e nazionali hanno giudicato sufficiente, ai fini del giudizio d'illiceità, un'astratta potenzialità lesiva, ossia la mera tendenza a escludere o, comunque, ostacolare i rivali, rendendogli più difficoltoso l'accesso alla clientela[196].

La Commissione e le corti europee hanno sovente attribuito valore decisivo all'intento escludente che animava la condotta dell'impresa dominante, tanto che, in alcuni casi, l'accertamento di un disegno inteso a danneggiare i rivali o scoraggiarne l'ingresso sul mercato sembrerebbe sufficiente a colorare d'illiceità la pratica. Mutuando la terminologia dell'art. 101 TFUE, il Tribunale UE s'è spinto sino ad affermare l'equivalenza tra l'oggetto e l'effetto anticoncorrenziale ai fini dell'applicazione dell'art. 102 TFUE[197], nonostante l'illiceità per l'oggetto nell'analisi delle intese restrittive sia limitata a pratiche pacificamente ritenute – quantomeno nella loro dimensione orizzontale – il principale bersaglio della legislazione antimonopolistica, mentre la concessione di sconti ha valenza perlomeno ambigua. In sintonia con l'approccio delle istituzioni europee, in Italia, in alcuni casi, l'Autorità e i giudici amministrativi hanno ritenuto che la prova dell'*animus nocendi* e l'inquadramento delle condizioni negoziali contestate nell'alveo di una complessiva strategia escludente costituissero fattori determinanti nel giudizio d'illiceità della pratica[198].

---

[196] Cfr., *inter alia*, Trib. UE 17 dicembre 2003, causa T-219/99, *British Airways/Commissione*, cit., § 293; 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin/Commissione*, cit., § 59; 7 ottobre 1999, causa T-228/97, *Irish Sugar/Commissione*, cit., § 114.

[197] Cfr., in particolare, Trib. UE 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin/Commissione*, cit., § 241; 7 ottobre 1999, causa T-228/97, *Irish Sugar/Commissione*, cit., § 170; 1 aprile 1993, causa T-65/89, *BPB Industries e British Gypsum/Commissione*, cit., §§ 93 e 165.

[198] In *Coca-Cola*, l'Autorità ha ritenuto che l'analisi dei comportamenti dell'impresa dominante non potesse prescindere dall'esistenza di piani e programmi esplicitamente diretti a danneggiare l'unico concorrente effettivo nel mercato italiano delle bevande a gusto cola: Autorità 7 dicembre 1999, n. 7804 (A224), *Pepsico Foods and Beverages International-IBG Sud/Coca Cola Italia*, cit., §§ 135-136. Tale giudizio è stato successivamente confermato dal Tar, per il quale, nella specie, «alla legittima finalità dell'espansione del proprio mercato … se ne aggiunge[va] un'altra, che assume[va] l'inequivocabile fisionomia dell'aggressione alla posizione commerciale del concorrente non compatibile con il principio della libera concorrenza»: v. Tar Lazio, sez. I, 11 dicembre 2000, n. 11485, cit. Sulla stessa linea, il Consiglio di Stato ha attribuito rilievo determinante a una serie di documenti aziendali, da cui

La prassi europea non offre indicazioni univoche circa il ruolo della durata del periodo di riferimento nell'apprezzamento dell'impatto concorrenziale di un sistema di sconti retroattivi. Le istituzioni europee e nazionali hanno reiteratamente evidenziato come, al crescere del periodo di riferimento e del lasso di tempo già trascorso, aumenti la pressione sull'acquirente[199], ma le indicazioni fornite dalla giurisprudenza e dalla prassi decisionale circa la durata critica del *reference period* sono ambigue e, in parte, contraddittorie. Una durata significativa dell'arco temporale di riferimento è stata sovente considerata un fattore atto ad aggravare la portata fidelizzante di un sistema di sconti retroattivi, ma non rappresenta una *condicio sine qua non* per l'applicazione del divieto, posto che alcune pronunzie prescindono dalla lunghezza del periodo di riferimento, sancendo l'illiceità di sistemi di durata estremamente ridotta, finanche settimanale[200].

Nella valutazione del potenziale fidelizzante di un sistema di sconti, è stato attribuito rilievo all'esiguità dei margini dei distributori del settore, nel presupposto che, ove questi siano particolarmente ridotti, l'ottenimento degli sconti può essere determinante per evitare perdite e lucrare un pur limitato profitto[201]. Analogamente, secondo la *communis opinio*, lo stato d'incertezza generato dalla mancanza di trasparenza e dalla discrezionalità nell'applicazione

---

emergeva l'intento di attuare un complessivo disegno escludente: v. Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2002, n. 4001, cit., § 4.4. Analogamente, in *Telecom*, l'Autorità ha attribuito particolare rilievo all'inquadramento delle condizioni negoziali contestate in una complessiva strategia escludente: cfr. Autorità 16 novembre 2004, n. 13752 (A351), *Comportamenti Abusivi di Telecom Italia*, cit., §§ 370-372. In senso conforme, v. Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271, cit., §§ 12.6.4.-12.6.5.

[199] Cfr. Corte Giust. 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin/Commissione*, cit., § 81; Commissione 20 giugno 2001, caso COMP/E-2/36.041/PO, *Michelin*, cit., § 287; Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271, cit.; § 12.6.5.

[200] L'analisi della pratica sembra prescindere dalla lunghezza del periodo di riferimento nei casi *Irish Sugar* (ove la Commissione ha contrapposto gli sconti concessi con riferimento a singoli ordini, in linea di principio leciti, a quelli calcolati sulla base di *target* individuali settimanali, mensili o annuali: Commissione 14 maggio 1997, caso IV/34.621, 35.059/F-3, *Irish Sugar*, cit., § 153) e *Virgin/British Airways* (ove la Commissione è rimasta silente sulla questione della durata del periodo di riferimento, che variava da un mese a un anno: Commissione 14 luglio 1999, caso IV/D-2/34.780, *Virgin/British Airways*, cit.). Sul punto, cfr. L. GYSELEN, *op. cit.*; cfr. anche B. SHER, *Price Discounts and Michelin 2: What Goes Around, Comes Around*, cit., per il quale le incongruenze riscontrabili nella prassi applicativa non sarebbero necessariamente un fattore negativo, giacché potrebbero riflettere le specificità dei diversi settori. In Italia, in *Coca-Cola*, l'Autorità ha ritenuto che l'illiceità della pratica non sia legata alla durata del periodo di riferimento, che può essere annuale, ma anche solo mensile o settimanale: cfr. Autorità 27 giugno 2001, n. 9693 (A291), *Assoviaggi/Alitalia*, cit., § 110; 7 dicembre 1999, n. 7804 (A224), *Pepsico Foods and Beverages International-IBG Sud/Coca Cola Italia*, cit., § 180.

[201] Cfr. Commissione 20 giugno 2001, caso COMP/E-2/36.041/PO, *Michelin*, cit.

del sistema può scoraggiare la differenziazione delle fonti d'approvvigionamento, accrescendo la pressione che induce l'acquirente a raggiungere gli obiettivi e ostacolando la comparazione tra i prezzi praticati dai diversi fornitori[202].

Nell'orientamento tradizionale delle istituzioni europee e nazionali, la condanna degli sconti fidelizzanti prescinde da un'attenta verifica della *vis* offensiva della pratica nei confronti dei concorrenti. La forte disparità tra la quota di mercato dell'impresa egemone e quella dei principali concorrenti è stata ritenuta un fattore che accentua l'effetto fidelizzante di un sistema, poiché un rivale intenzionato a espandere le proprie vendite dovrebbe offrire, su volumi notevolmente inferiori, uno sconto percentuale molto più elevato, onde compensare il rivenditore per la perdita dei vantaggi riconosciuti dal principale fornitore[203]. Le istituzioni europee hanno reiteratamente sottolineato come gli sconti volti a incentivare la fedeltà dei clienti possano essere particolarmente penalizzanti per i concorrenti minori, che offrono quantitativi meno elevati e, quindi, sono costretti a praticare prezzi notevolmente inferiori per restare competitivi nei confronti dell'impresa dominante[204]. In alcuni – invero rari – casi, la Commissione s'è spinta sino a effettuare una stima, seppur approssimativa, degli sconti che un rivale avrebbe dovuto offrire per sottrarre all'impresa egemone una determinata quota del fabbisogno del cliente[205]. Tuttavia, la verifica della possibilità, per i concorrenti minori, di conquistare quote di mercato formulando un'offerta competitiva non è parte integrante dello standard di valutazione degli sconti fidelizzanti: sull'assunto della speciale responsabilità dell'impresa dominante, la prassi giurisprudenziale e decisionale si fonda sul principio generale secondo cui un'impresa dominante può concedere riduzioni di prezzo che riflettano efficienze, ma non le è consentito offrire sconti o incentivi che incoraggino la fedeltà dell'acquirente, indipendentemente dalla possibilità, per i concorrenti, di limitarne o evitarne gli effetti.

---

[202] Cfr., *inter alia*, Corte Giust. 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin/Commissione*, cit., §§ 83-85; Commissione 7 ottobre 1981, caso IV/29.491, *Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin*, cit., § 47. In dottrina, in senso conforme, cfr. L. GYSELEN, *op. cit.*

[203] Cfr., ad esempio, Corte Giust. 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin/Commissione*, cit., § 82; Commissione 20 giugno 2001, caso COMP/E-2/36.041/PO, *Michelin*, cit., § 241; Autorità 7 dicembre 1999, n. 7804 (A224), *Pepsico Foods and Beverages International-IBG Sud/Coca Cola Italia*, cit., § 178.

[204] Cfr., *inter alia*, Commissione 19 dicembre 1990, caso IV/33.133-C, *Carbonato di sodio - Solvay*, cit., §§ 16-18.

[205] Cfr., in particolare, Commissione 2 gennaio 1973, caso IV/26.918, *Industria europea dello zucchero*, cit., § II.E.3.

In Italia, in sintonia con l'orientamento tradizionale delle istituzioni europee, la dimostrazione dell'impossibilità di formulare offerte competitive non è stata considerata parte integrante dello standard di valutazione degli sconti fidelizzanti. In *Coca-Cola*, l'Autorità ha sottolineato che la disparità tra la quota di mercato dell'impresa dominante e quelle dei principali concorrenti accentuava l'effetto fidelizzante del sistema, in quanto un rivale intenzionato a espandere le vendite avrebbe dovuto offrire uno sconto con aliquota molto più elevata[206], ma non ha approfondito l'analisi per verificare l'effettiva impossibilità, per i concorrenti minori, di formulare un'offerta competitiva. In *Alitalia*, l'Autorità s'è spinta oltre l'aprioristica affermazione del potenziale escludente della pratica, operando una stima delle commissioni che un vettore concorrente, intenzionato a sottrarre una determinata quota di vendite all'impresa egemone, avrebbe dovuto riconoscere agli agenti per compensarli per la mancata vendita di biglietti Alitalia[207]; salvo affermare, poi, che schemi d'incentivazione di carattere fidelizzante, quali quelli adottati dall'ex campione nazionale, dovevano ritenersi «illeciti di per sé, indipendentemente dalla possibilità che le agenzie di viaggi o le compagnie aeree concorrenti possano limitarne o evitarne gli effetti»[208]. In *Telecom*, applicando meccanicamente i rigorosi principî sanciti dalla giurisprudenza delle corti europee, l'Autorità ha ritenuto che le condizioni economiche offerte dall'impresa egemone si traducessero in un'esclusiva di fatto, per il semplice fatto che disincentivavano i clienti a ripartire la propria domanda tra operatori alternativi, senza operare alcuna stima degli sconti che un concorrente avrebbe dovuto offrire per indurre l'utente a cambiare operatore[209].

Analogamente, nell'impostazione tradizionale, l'intervento repressivo dell'antitrust prescinde dall'apprezzamento del grado di chiusura del mercato in relazione alla scala minima efficiente e dell'impatto della pratica sul benessere

---

[206] Autorità 7 dicembre 1999, n. 7804 (A224), *Pepsico Foods and Beverages International-IBG Sud/Coca Cola Italia*, cit., § 178.

[207] Cfr. Autorità 27 giugno 2001, n. 9693 (A291), *Assoviaggi/Alitalia*, cit., §§ 40-43.

[208] *Id.*, § 113. In sede d'impugnazione, il Tar ha confermato le valutazioni dell'Autorità, giudicandole coerenti coi rilievi mossi dalla Commissione nei confronti degli analoghi schemi incentivanti adottati da British Airways e, in generale, conformi ai principî elaborati dal formante giurisprudenziale europeo. Inoltre, ad avviso del Tar, le stime operate dall'Autorità dimostravano che la pratica, di fatto, aveva effetti fidelizzanti. Cfr. Tar Lazio, sez. I, 24 maggio 2002, n. 4632, *Giust. civ.*, 2002, I, 2330, su cui v. A. GIANNACCARI, *Volo Alitalia per l'economia di mercato. Turbolenze con le agenzie di viaggio*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2003, 85.

[209] Siffatta lacuna dell'*iter* motivazionale appare particolarmente grave se si considera che, nella specie, i rivali erano in grado di fornire servizi analoghi e, apparentemente, non vi erano ostacoli che impedissero agli utenti di rivolgersi ad altri operatori per il loro intero fabbisogno.

dei consumatori. Sebbene in alcuni casi l'analisi sia maggiormente articolata[210], le istituzioni europee non hanno esitato a intervenire per vietare gli incentivi all'approvvigionamento esclusivo persino in presenza di indizi – quali l'aumento delle quote di mercato dei rivali e la riduzione del livello dei prezzi – che sollevavano forti dubbi sull'effettivo potenziale escludente del sistema e sulla sua incidenza negativa sugli interessi dei consumatori[211].

4.1.5. La natura discriminatoria

Indipendentemente dal potenziale escludente della pratica, gli sconti fedeltà e *target* sono stati reiteratamente tacciati d'illiceità per il loro carattere discriminatorio, ex art. 102, lett. *c)*, TFUE, perché non sono legati a risparmi di costo resi possibili dall'acquisto di quantitativi oggettivi, bensì dipendono esclusivamente dalla lealtà del cliente e, pertanto, penalizzano ingiustificatamente gli acquirenti che decidono di differenziare le proprie fonti d'approvvigionamento[212].

In *Michelin I*, pur riconoscendo che un sistema basato su obiettivi individuali comporta necessariamente differenze tra le aliquote di sconto concesse a rivenditori diversi per lo stesso ammontare di acquisti, la Corte di Giustizia ha rifiutato l'idea che la discriminazione fosse *in re ipsa*, sottolineando la necessità di provare che tali disparità di trattamento derivassero dall'applicazione di criteri difformi e non fossero giustificate da legittime considerazioni d'indole commerciale[213]. Tuttavia, la prevalente giurisprudenza e la prassi decisionale tendono a considerare la discriminazione insita nel fatto che due imprese possano ricevere sconti diversi in funzione della fedeltà dimostrata ai prodotti dell'impresa dominante, pur avendo effettuato il

---

[210] Cfr., ad esempio, Commissione 20 marzo 2001, caso COMP/35.141, *Deutsche Post AG*, cit.

[211] Cfr., in particolare, Trib. UE 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin/Commissione*, cit., §§ 239-245.

[212] Cfr. Commissione 2 gennaio 1973, caso IV/26.918, *Industria europea dello zucchero*, cit., § II.E.3; Commissione 9 giugno 1976, caso IV/29.020, *Vitamine*, cit., § 26; Corte Giust. 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, cit., § 123; Commissione 7 ottobre 1981, caso IV/29.491, *Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin*, cit., § 45; Commissione 19 dicembre 1990, caso IV/33.133-C, *Carbonato di sodio - Solvay*, cit., §§ 62-64; Commissione 14 maggio 1997, caso IV/34.621, 35.059/F-3, *Irish Sugar*, cit., §§ 151-154 (ove è stato attribuito rilievo, in aggiunta, al fatto che la misura del beneficio concesso in caso di realizzazione degli obiettivi variasse tra i clienti); Commissione 14 luglio 1999, caso IV/D-2/34.780, *Virgin/British Airways*, cit. §§ 108-111; Trib. UE 17 dicembre 2003, causa T-219/99, *British Airways/Commissione*, §§ 228-239.

[213] Per tali motivi, la Corte ha annullato la decisione della Commissione nella parte in cui accertava la natura discriminatoria del sistema. Cfr. Corte Giust. 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin/Commissione*, cit., §§ 87-91.

medesimo ammontare di acquisti[214]. In tale ottica, incomberebbe sull'impresa dominante l'onere di dimostrare che gli sconti o i premi concessi non sono discriminatori, in quanto volti, ad esempio, a remunerare la prestazione di servizi da parte dei rivenditori sulla base di criteri obiettivi e trasparenti[215].

Le istituzioni europee si sono raramente soffermate sulla consistenza degli effetti distorsivi nel mercato a valle. In *Solvay*, la Commissione ha rimarcato la consistenza della distorsione della *secondary line competition*, sottolineando che il prodotto interessato rappresentava sino al 70% del costo delle materie prime impiegate dalle imprese acquirenti[216], ma nella maggioranza dei casi l'esistenza di effetti distorsivi è stata argomentata fugacemente, presunta o finanche ignorata[217].

Sulla stessa linea, nella prassi antitrust nazionale, l'Autorità ha ritenuto, in talune occasioni, che i sistemi di sconti o premi basati su obiettivi individuali avessero carattere discriminatorio, in quanto comportavano l'applicazione di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti e non riflettevano adeguatamente il contributo dei diversi clienti alla realizzazione di eventuali risparmi di costo. Peraltro, nei provvedimenti in cui è attribuito rilievo agli effetti discriminatori, il *focus* dell'analisi è il carattere fidelizzante ed

---

[214] In tema di sconti fedeltà, cfr., in particolare, Corte Giust. 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, cit., § 90; Commissione 19 dicembre 1990, caso IV/33.133-C, *Carbonato di sodio - Solvay*, cit., §§ 62-64. Per quanto concerne gli sconti *target*, v., in particolare, Trib. UE 17 dicembre 2003, causa T-219/99, *British Airways/Commissione*, §§ 228-239; Commissione 14 maggio 1997, caso IV/34.621, 35.059/F-3, *Irish Sugar*, cit., §§ 151-154.

[215] Cfr. Commissione 7 ottobre 1981, caso IV/29.491, *Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin*, cit., § 45, ove la Commissione ha ammesso che un'impresa egemone può tener conto dei servizi resi dai distributori ai fini della concessione di sconti o premi, ma ha precisato che, per evitare forme d'illecita discriminazione, i criteri per ottenere il beneficio dovrebbero essere definiti obiettivamente e comunicati ai clienti.

[216] Commissione 19 dicembre 1990, caso IV/33.133-C, *Carbonato di sodio - Solvay*, cit., §§ 62-64.

[217] Cfr., a titolo esemplificativo, Commissione 9 giugno 1976, caso IV/29.020, *Vitamine*, cit., § 26, ove la Commissione s'è limitata a evocare una distorsione della concorrenza nel mercato a valle, senza entrare nel merito dell'effettiva consistenza dei presunti effetti distorsivi. La Corte di Giustizia ha rigettato la censura secondo cui le differenze tra i prezzi praticati ai propri clienti non avevano significative ripercussioni sulla concorrenza nel mercato a valle, sulla base di due ordini di considerazioni: (i) l'importanza attribuita dal fornitore agli sconti induceva a ritenere che essi fossero rilevanti anche per i clienti; (ii) ove la struttura concorrenziale di un mercato sia già indebolita per l'esistenza di una posizione dominante, qualsiasi ulteriore restrizione della concorrenza può integrare un comportamento abusivo. Cfr. Corte Giust. 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, cit., § 123. Peraltro, l'eventuale distorsione della concorrenza conseguente all'applicazione di condizioni discriminatorie si sarebbe verificata nel mercato a valle (*secondary line injury*) e non in quello a monte, ove operava l'impresa dominante.

escludente del sistema, mentre la discriminazione resta in secondo piano, come ulteriore fattore che rafforza le conclusioni circa gli effetti anticompetitivi della pratica. In *Coca-Cola*, ad esempio, l'Autorità ha reiteratamente sottolineato il carattere discriminatorio delle politiche di sconti contestate, ma nell'impianto motivazionale del provvedimento la discriminazione tra i distributori sembra censurata, essenzialmente, per il suo carattere strumentale all'attuazione di una politica commerciale di natura fidelizzante ed escludente[218]. In *Alitalia*, l'Autorità ha rilevato che la disparità di trattamento tra le agenzie di viaggi incaricate di commercializzare i biglietti della compagnia di bandiera influenzava la loro capacità competitiva e, quindi, determinava effetti distorsivi nel settore distributivo[219], ma ha dedicato pochi passaggi al carattere discriminatorio del sistema di incentivi, senza soffermarsi sull'effettiva consistenza della distorsione della concorrenza nel mercato a valle[220].

L'intransigenza tradizionalmente manifestata dalle autorità antitrust nei confronti degli sconti fidelizzanti è difficilmente conciliabile con le incertezze che permeano la letteratura giuseconomica in tema di *price discrimination*. La discriminazione di prezzo consente ai produttori di modulare le proprie politiche di vendita in funzione dell'elasticità della domanda dei clienti, producendo effetti ambigui sul piano sociale, posto che l'offerta di condizioni differenziate può tradursi in un incremento dell'*output* e, talvolta, del benessere dei consumatori[221]. Inoltre, la discriminazione costituisce una tipica leva concorrenziale, che può destabilizzare o infrangere equilibri collusivi a beneficio dei consumatori. In tale ottica, gravare le imprese dominanti dell'onere di dimostrare, in ogni singolo caso, l'esistenza di una giustificazione economica equivale a impedirgli d'avvalersi degli sconti come strumento per competere, col rischio d'irrigidire la struttura dei prezzi e assecondare fenomeni di collusione espressa o tacita, soprattutto in mercati oligopolistici.

---

[218] Cfr. Autorità 7 dicembre 1999, n. 7804 (A224), *Pepsico Foods and Beverages International-IBG Sud/Coca Cola Italia*, cit.

[219] Cfr. Autorità 27 giugno 2001, n. 9693 (A291), *Assoviaggi/Alitalia*, cit., §§ 121-123.

[220] Il Tar ha ribadito il carattere discriminatorio del sistema, sottolineando che una disparità di trattamento sarebbe stata eventualmente giustificata dalla realizzazione di economie di scala legate a quantitativi oggettivi, ma non dal raggiungimento di obiettivi individuali, parametrati sui biglietti commercializzati da ciascun singolo agente nel precedente periodo di riferimento: cfr. Tar Lazio, sez. I, 24 maggio 2002, n. 4632, cit.

[221] In particolare, il benessere dei consumatori aumenta senz'altro nel caso in cui, con un prezzo uniforme, soltanto i consumatori con una domanda inelastica acquisterebbero il bene, mentre la discriminazione consente all'impresa interessata di vendere agli acquirenti con una domanda più elastica, lasciando invariato il prezzo praticato ai primi: cfr. J. CHURCH-R. WARE, *Industrial Organization – A Strategic Approach*, McGraw-Hill, New York, 2000, 165. Per una discussione dei dubbi e delle incertezze connesse al trattamento delle politiche di prezzo discriminatorie, cfr., *ex multis*, R.A. POSNER, *Vertical Restraints and Antitrust Policy*, cit.

Ancora, in mercati caratterizzati da elevati costi fissi e ridotti costi variabili, modulare il livello dei prezzi in relazione inversa all'elasticità della domanda dei clienti potrebbe costituire il modo più efficiente per recuperare gli investimenti: in siffatto scenario, il *marginal pricing* non costituirebbe un'opzione realistica, mentre l'adozione di un prezzo uniforme superiore al costo marginale potrebbe cagionare una restrizione dell'*output*, oltre a favorire l'ingresso di operatori inefficienti[222].

Ove i clienti dell'impresa dominante siano in competizione, l'applicazione di condizioni dissimili potrebbe penalizzare ingiustificatamente taluni operatori, distorcendo la concorrenza nel mercato a valle. Tuttavia, l'impatto sulla *secondary line competition* non è decifrabile *a priori*: da un lato, il vantaggio finanziario concesso dall'impresa dominante potrebbe non influenzare in misura apprezzabile la capacità competitiva dei clienti, qualora sussistano valide fonti d'approvvigionamento alternative o, comunque, l'ammontare dello sconto non sia significativo in relazione ai costi complessivamente sostenuti dalle imprese interessate; dall'altro, un sistema di sconti fidelizzanti, indipendenti dalle dimensioni degli acquirenti e legati, in certo qual modo, agli sforzi di vendita, potrebbe ridurre il possibile *gap* tra piccoli e grandi rivenditori, consentendo anche ai primi di beneficiare di sconti, abbuoni e contributi, il cui importo potrebbe essere destinato all'attuazione di iniziative promozionali[223].

In conclusione, sul piano economico, la natura intrinsecamente discriminatoria di un sistema di sconti fedeltà o *target* non giustificati da risparmi di costo, né dai servizi resi dal rivenditore, non costituisce, di per sé, ragione sufficiente a tacciare d'illiceità la pratica, a meno che il prodotto interessato costituisca un *input* necessario per gli acquirenti e la differenza di prezzo sia talmente elevata da produrre significativi effetti distorsivi nel mercato a valle, avvantaggiando ingiustificatamente taluni operatori a discapito di altri[224].

---

[222] Gli effetti benefici possono essere particolarmente significativi in caso di prodotti tutelati da diritti di proprietà intellettuale. In tali casi, la discriminazione potrebbe consentire all'impresa interessata di appropriarsi di una porzione maggiore del *surplus* generato dall'innovazione, in modo da accrescere gli incentivi a investire in ricerca e sviluppo, lasciando invariata o, eventualmente, riducendo l'inefficienza allocativa generata dall'adozione di un unico prezzo monopolistico.

[223] Cfr. A. HEIMLER, *op. cit.*

[224] In dottrina, nel senso che l'art. 102, lett. *c)*, TFUE dovrebbe essere applicato esclusivamente allorché la condotta contestata ponga alcune controparti in una posizione di svantaggio competitivo *vis-à-vis* altri clienti dell'impresa dominante, nel presupposto che le ulteriori forme di discriminazione potenzialmente nocive per la concorrenza possano esser più propriamente ricondotte ad altre fattispecie d'abuso, cfr. D. GERADIN-N. PETIT, *Price Discrimination under EC Competition Law: Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles?*, in *Journal*

4.1.6. Il carattere iniquo

Sebbene gli sconti si risolvano, in linea di principio, in un vantaggio per gli acquirenti, quantomeno nel breve periodo, in *Michelin II* la Commissione ha individuato un autonomo motivo d'illiceità di alcuni premi retroattivi concessi dall'impresa dominante, inquadrabili nell'ambito degli sconti fedeltà e *target*, nel loro carattere iniquo, legato alla mancanza di trasparenza e alla discrezionalità di cui godeva l'impresa egemone nell'applicazione del sistema[225]. Ad avviso della Commissione, infatti, la scarsa trasparenza e la soggettività dello schema rendevano possibili discriminazioni tra gli acquirenti, oltre a determinare uno stato d'incertezza, che accresceva la pressione sui rivenditori e acuiva l'effetto fidelizzante degli sconti.

La Commissione ha stigmatizzato, altresì, il carattere iniquo del sistema di sconti quantitativi crescenti attuato dall'impresa dominante. Nella specie, gli sconti costituivano un'imprescindibile fonte di redditività per le imprese, in virtù dell'intensa pressione concorrenziale e degli esigui margini del settore, ma erano corrisposti soltanto nel mese di febbraio dell'anno successivo, con la conseguenza che, *medio tempore*, i distributori erano costretti a rivendere in perdita. Ad avviso della Commissione, tale sistema era iniquo in quanto: (i) generava incertezza circa l'effettivo prezzo d'acquisto finale, scoraggiando la diversificazione degli approvvigionamenti e, pertanto, acuendo il potenziale escludente della pratica; (ii) era causa di precarietà per i rivenditori; (iii) li relegava in una posizione di debolezza psicologica nei confronti di Michelin, nel momento in cui le parti negoziavano i quantitativi da acquistare l'anno successivo; e (iv) imponeva indebiti oneri finanziari ai distributori.

Nell'impianto motivazionale della decisione, l'iniquità delle condotte contestate, pur essendo strettamente legata al carattere discriminatorio e al potenziale escludente dei sistemi di sconti analizzati[226], è elevata ad autonomo

---

of Competition Law & Economics, 2006, 479. Sul punto, cfr. anche J. TEMPLE LANG-R. O'DONOGHUE, *op. cit*.

[225] In particolare, si trattava del «premio di servizio» (corrispondente a una percentuale del fatturato realizzato con Michelin France in tutte le categorie di pneumatici, il cui importo era legato al numero di punti ottenuti rispetto a una griglia di valutazione concernente, in linea di massima, la qualità del servizio) e del «premio di progresso» (applicato in modo retroattivo sull'intero fatturato annuale, subordinatamente alla realizzazione di un numero minimo di acquisti, corrispondente ai risultati dell'anno precedente o, in alternativa, alla media degli ultimi due o tre anni): cfr. Commissione 20 giugno 2001, caso COMP/E-2/36.041/PO, *Michelin*, cit., §§ 250-253 e 265-266. L'analisi della Commissione è stata avallata dal Tribunale di Primo Grado: cfr. Trib. UE 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin/Commissione*, cit., §§ 136-150.

[226] *Id.*, § 66.

motivo d'illiceità, che trae fondamento dall'eccessivo aggravio della posizione negoziale dei rivenditori. Il riferimento all'iniquità delle condizioni contrattuali praticate ai rivenditori trova un addentellato normativo nell'art. 102, lett. *a)*, TFUE, ma tradisce l'influenza del pensiero ordo-liberale germanico e delle istanze di tutela delle piccole e medie imprese, che hanno continuato ad affiorare nella politica della concorrenza europea nei primi anni del nuovo millennio anche al di fuori della prassi in tema d'abuso, nonostante lo spirare del vento di Chicago e il processo di modernizzazione avviato dalla Commissione sul finire del secolo scorso[227]. La progressiva rimodulazione degli obiettivi perseguiti dal diritto antitrust europeo e il riconoscimento della centralità dell'analisi economica inducono a ritenere che difficilmente siffatta linea argomentativa sarà nuovamente percorsa in futuro[228].

4.1.7. La tendenza a compartimentare i mercati nazionali

In *Michelin II*, la Commissione ha stigmatizzato la politica di sconti dell'impresa dominante, *inter alia*, per la sua tendenza a compartimentare il mercato comune. In particolare, la Commissione ha ritenuto che il sistema attuato da Michelin France avesse l'effetto di compartimentare i mercati nazionali, scoraggiando gli approvvigionamenti all'estero, in quanto, ai fini del riconoscimento di alcuni premi, si teneva conto esclusivamente degli acquisti

[227] Uno dei principali esempi è dato dall'enfasi posta sulla tutela dell'autonomia e dell'indipendenza di rivenditori e riparatori *vis-à-vis* il produttore nel Regolamento (CE) n. 1400/2002 della Commissione del 31 luglio 2002, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico, su cui cfr., *inter alia*, G. FAELLA, *La disciplina sulla distribuzione degli autoveicoli e il nuovo corso della politica comunitaria della concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2005, 273. Le intese verticali nel settore automobilistico sono state successivamente ricondotte nel campo d'applicazione della disciplina generale delle restrizioni verticali – ora dettata dal Regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione del 20 aprile 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate –, con l'eccezione di alcune norme speciali concernenti l'assistenza post-vendita: v. Regolamento (UE) n. 461/2010 della Commissione del 27 maggio 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico.

[228] Il divieto di determinati sistemi di sconti per il loro carattere iniquo nei confronti dei rivenditori rischierebbe di pregiudicare gli interessi di quelle stesse categorie che si vorrebbe proteggere, nella misura in cui inibire la pratica potrebbe indurre i produttori ad attuare politiche d'integrazione verticale o privilegiare canali distributivi alternativi, quali le vendite *on-line*: cfr. J. KALLAUGHER-B. SHER, *op. cit.*

effettuati presso l'impresa d'oltralpe[229]. Analoghe censure sono state mosse nei confronti degli sconti quantitativi. Ad avviso della Commissione, posto che gli sconti si applicavano esclusivamente agli acquisti realizzati presso Michelin France, il sistema disincentivava gli approvvigionamenti all'estero o da altri importatori, consentendo al produttore d'esercitare uno stretto controllo sul mercato. Inoltre, a causa del sistema di sconti, nel territorio francese le tariffe base erano più elevate di quelle applicate nei paesi ove non esistevano schemi analoghi, con la conseguenza che le importazioni di pneumatici dalla Francia erano scoraggiate[230].

La linea argomentativa seguita dalla Commissione in *Michelin II* è espressione delle preoccupazioni integrazioniste che hanno tradizionalmente animato l'operato delle istituzioni europee. Nel rinnovato panorama antitrust europeo, peraltro, il dogma integrazionista sembra rivestire un ruolo ancora rilevante, ma recessivo e strumentale al fine primario della politica della concorrenza, individuato nella tutela degli interessi dei consumatori[231]. Il progressivo spostamento dell'enfasi dalle finalità integrazioniste alla tutela della concorrenza, che ha contraddistinto, con alcune incertezze e ambiguità, l'evoluzione della politica europea della concorrenza dalla fine degli anni novanta, ha subito una significativa battuta d'arresto nel 2009 con la sentenza *Glaxo* della Corte di Giustizia, che ha dato nuova linfa al valore dell'integrazione dei mercati nazionali nel diritto antitrust UE[232]. Ciò

---

[229] Cfr. Commissione 20 giugno 2001, caso COMP/E-2/36.041/PO, *Michelin*, cit., §§ 271, 299, 312-314.

[230] *Id.*, §§ 240-247.

[231] In tal senso depone, oltre alla congerie di linee guida emanate dalla Commissione negli ultimi anni (cfr., in particolare, le *Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, del trattato*, cit., §§ 13 e 33), la pronunzia resa nel celebre caso *Adalat*, ove il Tribunale UE, con apprezzamento avallato dalla Corte di Giustizia, ha contribuito a scuotere una delle colonne portanti dell'antitrust europeo, affermando che «l'obiettivo [dell'art. 101, par. 1, TFUE] non è quello di "eliminare" in modo assolutamente generico gli ostacoli al commercio intracomunitario» (cfr. Trib. UE, 26 ottobre 2000, causa T-41/96, *Bayer/Commissione*, in *Raccolta*, 2000, II-03383, § 174, nonché in *Foro italiano*, 2001, IV, 78, con nota di R. PARDOLESI, *C'era una volta in Europa: di antitrust comunitario, importazioni parallele ed idoli infranti*). In tale prospettiva, il giudice europeo non ha esitato a stigmatizzare il tentativo della Commissione di promuovere l'armonizzazione dei prezzi di un prodotto nei diversi Stati membri, «ampliando o forzando l'ambito di applicazione» delle norme antitrust europee (Trib. UE, 26 ottobre 2000, causa T-41/96, *Bayer/Commissione*, cit., § 176). La sentenza del Tribunale è stata confermata da Corte Giust. 6 gennaio 2004, cause riunite 2/01 P e 3/01 P, *Commissione/Bayer*, in *Raccolta*, 2004, I-23.

[232] Nel 2006, il Tribunale UE aveva affermato che, sebbene accordi diretti a ostacolare il commercio intracomunitario dovessero essere considerati, in linea di principio, come aventi una finalità anticompetitiva, il semplice fatto che un'intesa miri a limitare il commercio parallelo non è di per sé sufficiente per l'accertamento di un oggetto restrittivo, giacché il fine dell'art.

nondimeno, la tendenza a compartimentare i mercati nazionali non costituisce una base solida su cui fondare il divieto delle politiche di sconti delle imprese dominanti. In un sistema antitrust maturo, gli ostacoli frapposti al commercio interstatuale dovrebbero assumere rilievo, in linea di principio, soltanto nella misura in cui si traducano in un effettivo pregiudizio agli interessi dei consumatori. In ogni caso, poi, l'isolamento dei mercati è strettamente dipendente dal potenziale fidelizzante ed escludente degli sconti: un sistema di incentivi alla fedeltà può dar luogo a un'effettiva compartimentazione del mercato comune soltanto se e nella misura in cui sia atto a precludere l'accesso alla clientela da parte di fornitori di altri Stati membri.

4.2. Il Discussion Paper

Le prime avvisaglie di un cambiamento di prospettiva della Commissione nel trattamento degli sconti fidelizzanti retroattivi sono venute dal Discussion Paper sugli abusi escludenti. In tale documento, la Commissione ha riconosciuto che i rischi concorrenziali generati dagli sconti fidelizzanti sono legati alla possibilità che l'impresa dominante utilizzi la base inelastica della domanda dei singoli acquirenti come leva per ridurre il prezzo incrementale delle unità contendibili del loro fabbisogno[233]. Su tali basi, la Commissione ha proposto un complesso standard di valutazione volto a verificare se la pratica fosse atta a escludere un ipotetico concorrente altrettanto efficiente, mediante un'analisi comparata dei prezzi e dei costi dell'impresa dominante.

In particolare, nel Discussion Paper, la Commissione proponeva di stimare, anzitutto, la *required share*, ossia la quota del fabbisogno del cliente

---

101 TFUE non è proteggere le vendite transfrontaliere in quanto tali, bensì evitare una restrizione della concorrenza a detrimento degli interessi dei consumatori (cfr. Trib. UE 27 settembre 2006, causa T-168/01, *GlaxoSmithKline Services/Commissione*, cit., in particolare §§ 115-121; in senso critico, sul presupposto che l'orientamento del Tribunale finisse per rendere impalpabile la distinzione tra oggetto ed effetto restrittivo, cfr. V. JUNOD, *An End to Parallel Imports of Medicines? Comments on the Judgment of the Court of First Instance in* GlaxoWellcome, in *World Competition*, 2007, 291). Sennonché, la sentenza del Tribunale è stata annullata dalla Corte di Giustizia, che ha ribadito l'orientamento tradizionale secondo cui un'intesa volta a limitare il commercio parallelo, frustrando il perseguimento dell'obiettivo dell'integrazione dei mercati nazionali, ha un oggetto di per sé restrittivo della concorrenza, indipendentemente dal pregiudizio arrecato ai consumatori. Nell'*iter* motivazionale della sentenza della Corte, la restaurazione dell'ortodossia europea si fonda sull'assunto che l'art. 101 TFUE non miri «a tutelare soltanto gli interessi di concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale»: Corte di Giustizia 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.

233 Cfr. *DG Competition discussion paper*, cit., § 153.

che un nuovo entrante dovrebbe soddisfare per essere in grado di compensare l'acquirente per la perdita degli sconti concessi dall'operatore egemone, senza essere costretto a offrire un prezzo inferiore al CTM di quest'ultimo. Quindi, la *required share* era confrontata con la *commercially viable share* del fabbisogno del cliente, ossia la quota della domanda che un nuovo entrante efficiente avrebbe ragionevolmente potuto sottrarre all'impresa dominante[234]. Il fatto che la *required share* superasse la *commercially viable share* indicava che il prezzo effettivo praticato dall'impresa dominante per la *commercially viable share* era inferiore al CTM[235]. In tal caso, era necessario proseguire l'analisi dell'impatto concorrenziale della pratica, onde verificare se il sistema di sconti coprisse una significativa porzione della complessiva domanda di mercato, o i clienti interessati fossero particolarmente importanti per le possibilità d'accesso e d'espansione dei concorrenti. Inoltre, occorreva verificare se vi fossero chiare indicazioni dell'assenza di effetti escludenti, quali l'ingresso di nuovi operatori, l'espansione dei concorrenti o significativi spostamenti di clientela[236].

Qualora non fosse stato possibile determinare con un ragionevole grado d'approssimazione la *required share* o la *commercially viable share*, ad avviso della Commissione occorreva valutare in che misura il sistema ostacolasse l'accesso o l'espansione dei concorrenti sulla base degli elementi di prova disponibili, attribuendo rilievo, in particolare, a fattori quali le *performance* dell'impresa dominante e dei suoi concorrenti, la loro situazione prima e dopo l'introduzione della pratica, la misura dello sconto e gli eventuali indici di un effetto escludente attuale[237].

L'applicazione del test di prezzo divisato dal Discussion Paper appariva notevolmente complessa e sollevava delicate questioni di salvaguardia della certezza del diritto[238]. Le perplessità erano acuite dal fatto che alcune

---

[234] Per determinare l'ammontare della *commercially viable share,* il Discussion Paper partiva dalla presunzione che un'impresa intenzionata a entrare nel mercato a una scala minima efficiente soddisfacesse la medesima percentuale del fabbisogno di ciascun cliente, salvo poi verificare se i concorrenti fossero in grado di fornire un maggior numero di unità ai singoli acquirenti.

[235] *Id.*, in particolare § 156. Ad avviso della Commissione, l'adozione di siffatta misura dei costi, più elevata di quella assunta come parametro di riferimento nel Discussion Paper ai fini dell'analisi dei prezzi predatori (ossia, il CEM), sarebbe stata giustificata dal fatto che, non comportando perdite per le imprese interessate, le politiche di sconti fidelizzanti sono sostenibili per un arco temporale prolungato.

[236] *Id.*, § 162.

[237] *Id.*, § 164.

[238] Cfr., *inter alia*, D. GERADIN-C. AHLBORN-V. DENICOLÒ-A.J. PADILLA, *op. cit.* Diverse preoccupazioni in tal senso sono state espresse anche nel corso del processo di consultazione sul Discussion Paper: cfr. L. FINELL, *op. cit.*

caratteristiche del test sembravano difficilmente condivisibili o, comunque, inutilmente complesse[239]. Ciò nondimeno, l'introduzione di uno standard basato sulla capacità d'escludere un rivale altrettanto efficiente – seppur con alcuni temperamenti[240] – sembrava rappresentare un primo passo nella giusta direzione[241]. Inoltre, rispetto al passato, il Discussion Paper dimostrava un'apprezzabile propensione ad analizzare con maggior attenzione la portata della preclusione e l'effettivo impatto della pratica sulle possibilità d'ingresso e d'espansione dei concorrenti.

4.3. La decisione Tomra *e la pronunzia della Corte di Giustizia in* British Airways

Negli anni seguenti la pubblicazione del Discussion Paper, la decisione *Tomra* della Commissione e la sentenza resa dalla Corte di Giustizia in *British Airways* hanno gettato alcune ombre sulle effettive prospettive di riforma della politica europea della concorrenza in tema d'abuso.

Nel 2006, pochi mesi dopo l'adozione del Discussion Paper, la Commissione è tornata sul tema degli sconti fidelizzanti nel caso *Tomra*. Oggetto del contendere erano i sistemi di premi retroattivi implementati da un'impresa dominante nel mercato delle macchine per la raccolta di contenitori per bevande vuoti e la restituzione dei depositi ai consumatori (*reverse vending machines*). Mostrando una maggior attenzione per gli effetti concreti della condotta contestata, la Commissione si è soffermata sulla portata della

[239] Segnatamente, il concetto di *commercially viable share* appariva eccessivamente vago e suscettibile di interpretazioni altamente discrezionali. Inoltre, non v'è ragione per presumere che un'impresa intenzionata a entrare in un mercato o espandere la propria clientela venda il medesimo ammontare a tutti i potenziali acquirenti, ben potendo, nella maggior parte dei casi, fornire volumi più elevati a un numero limitato di clienti. Il Discussion Paper riconosceva che, in alcuni casi, può esser necessario rivedere al rialzo la stima della *commercially viable share*, ad esempio perché l'entrata o l'espansione dei concorrenti avrebbe verosimilmente luogo in scala maggiore di quella minima efficiente, oppure perché è verosimile che le imprese interessate concentrino i propri sforzi di vendita su un numero limitato di clienti (*DG Competition discussion paper*, cit., § 157). Tuttavia, l'ammontare individuato dalla Commissione come punto di partenza ai fini dell'analisi della liceità dell'offerta sembrava fondare, di fatto, una presunzione che, unitamente all'adozione di una misura dei costi prudenziale, quale il CTM, avrebbe potuto condurre a un significativo numero di falsi positivi e disincentivare iniziative pro-competitive: cfr. G. FAELLA, *Incentivi alla fedeltà ed esclusione: sconti e premi fidelizzanti*, cit.

[240] Nel Discussion Paper, la Commissione ha precisato che, in casi eccezionali, un sistema di sconti potrebbe essere considerato escludente anche qualora il prezzo effettivo sia superiore al CTM. Ciò potrebbe verificarsi, in particolare, ove l'impresa dominante goda di determinati vantaggi non replicabili dai rivali: v. *DG Competition discussion paper*, cit., § 165.

[241] Cfr. G. FAELLA, *Incentivi alla fedeltà ed esclusione: sconti e premi fidelizzanti*, cit.

preclusione e sull'impatto della pratica sulle vendite degli operatori del settore[242]. Tuttavia, nell'analisi della possibilità, per i rivali, di rispondere alla politica commerciale dell'impresa dominante, la decisione *Tomra* ha tradito la titubanza della Commissione nell'abbandonare l'approccio tradizionale[243], che le consente d'intervenire ogniqualvolta una politica di sconti presenti rischi sul piano concorrenziale, senza dover fornire la non agevole prova dell'attitudine a escludere un ipotetico concorrente altrettanto efficiente. In luogo d'applicare il complesso test divisato nel Discussion Paper, infatti, la Commissione s'è limitata a stimare, su base unitaria, il prezzo medio che un concorrente avrebbe dovuto offrire per sottrarre all'impresa dominante le ultime unità del fabbisogno del cliente prima del raggiungimento delle soglie. Com'era prevedibile, la Commissione ha constatato che, in prossimità delle soglie, le imprese antagoniste avrebbero dovuto offrire prezzi notevolmente ridotti, o finanche negativi.

Nel corso del procedimento, l'impresa dominante ha rilevato che, anche qualora i rivali avessero potuto competere soltanto per l'ultima unità del fabbisogno del cliente prima del raggiungimento della soglia, un operatore altrettanto efficiente avrebbe potuto compensare l'acquirente per la perdita dei premi mediante l'offerta di un prezzo medio ridotto, ma comunque superiore al livello dei costi, distribuendo il beneficio concesso dall'impresa dominante anche sulle unità della domanda del cliente che eccedevano l'obiettivo d'acquisto. Tuttavia, la Commissione ha obiettato che la vendita dell'ultima unità prima del raggiungimento della soglia sarebbe avvenuta a un prezzo negativo e, quindi, avrebbe comportato una perdita per il concorrente, sicché un operatore razionale avrebbe soddisfatto esclusivamente la porzione della domanda del cliente sopra la soglia, rinunciando alla vendita di un'unità aggiuntiva a un prezzo negativo.

L'obiezione della Commissione non dissolveva i dubbi sulla reale portata escludente della pratica. I concorrenti avrebbero potuto ripartire il beneficio finanziario concesso dall'impresa egemone non soltanto sulle ultime unità del fabbisogno del cliente prima del raggiungimento della soglia, ma anche sulle ulteriori unità contendibili della domanda al di sotto dell'obiettivo

---

[242] Cfr. Commissione 29 marzo 2006, caso COMP/E-1/38.113, *Prokent-Tomra*, cit. Sulla decisione, cfr. F.P. MAIER-RIGAUD-D. VAIGAUSKAITE, *Prokent/Tomra, a textbook case? Abuse of dominance under perfect information*, DG COMP Competition Newsletter, 2006, 2, 19. In senso critico, cfr. RBB, *Tomra: rolling back form-based analysis of rebates?*, Brief 21, 2007, disponibile sul sito Internet http://www.rbbecon.com/publications/downloads/rbb_brief21.pdf.

[243] Titubanza successivamente esplicitata da F. MAIER-RIGAUD, *Article 82 Rebates: Four Common Fallacies*, cit., secondo cui «*[g]iven the limited use and scarcity of the literature one has to wonder whether there is a reason to alter the policy on rebates under Article 82*».

d'acquisto fissato dall'impresa egemone[244]. Ove la porzione contendibile del fabbisogno del cliente sotto la soglia fosse stata sufficientemente estesa, i concorrenti avrebbero potuto incamerare maggiori profitti vendendo un numero consistente di prodotti a un prezzo relativamente ridotto, piuttosto che le sole unità sopra la soglia a un prezzo più elevato[245].

Sebbene la decisione *Tomra* sia stata salutata da alcuni come un importante passo verso la revisione della prassi in tema d'abuso[246], la stessa ha sostanzialmente confermato, con alcuni affinamenti e una maggior attenzione agli effetti concreti prodotti dalla pratica sul mercato, l'orientamento tralatizio delle istituzioni europee, a tenore del quale un'astratta potenzialità escludente è sufficiente a giustificare l'intervento repressivo dell'antitrust.

A distanza di un anno dalla decisione *Tomra*, la sentenza resa dalla Corte di Giustizia in *British Airways* ha ribadito la validità dell'orientamento tradizionale delle istituzioni europee[247]. La Corte di Giustizia ha analizzato la

---

[244] Ad avviso della Commissione, era improbabile che i clienti acquistassero elevati quantitativi da un nuovo entrante, poiché gli stessi erano soliti testare i prodotti per un certo periodo e, in caso di risultati soddisfacenti, ordinare maggiori volumi. Sebbene tale caratteristica del mercato possa aver ritardato, in certa misura, l'accesso o l'espansione dei concorrenti, l'analisi della Commissione non sembra escludere la possibilità, per le imprese rivali, di competere per porzioni significative del fabbisogno dei clienti. Posto che le soglie d'acquisto non corrispondevano necessariamente all'effettivo fabbisogno dei singoli clienti, i concorrenti minori avrebbero comunque potuto fornire alcune unità agli acquirenti interessati a differenziare le proprie fonti d'approvvigionamento, consentendogli di testare prodotti alternativi.

[245] Significativamente, nel Discussion Paper, la stessa Commissione ha notato che «[t]*he suction effect in principle is strongest on the last purchased unit of the product before the threshold is exceeded. However, what is relevant for an assessment of the loyalty enhancing effect is not a competition to provide an individual unit, but the foreclosing effect of the rebate system on commercially viable amounts supplied by (potential) competitors*» (*DG Competition discussion paper*, cit., § 154).

[246] Cfr. F. MAIER-RIGAUD-D. VAIGAUSKAITE, *op. cit.*

[247] Corte Giust. 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways/Commissione*, cit., che ha confermato Trib. UE 17 dicembre 2003, causa T-219/99, *British Airways/Commissione*, cit., su cui v. *supra*, § 4.1.2. Per una dettagliata analisi della sentenza della Corte di Giustizia, cfr. O. ODUDU, *Case C-95/04 P*, British Airways plc *v.* Commission, *judgment of the Court of Justice (Third Chamber) of 15 March 2007, nyr*, in *Common Market Law Review*, 2007, 1781; per un primo commento, v. P. DE PASQUALE, *Una pratica commerciale illecita anche se non prevista nel Trattato*, in *Guida al diritto*, 2007, 15, 107; sulle conclusioni rese dall'Avvocato Generale Kokott nel giudizio in esame, v. S. LAWRANCE, *Taking a tough line on fidelity rebates*, in *Competition Law Insight*, 2006, 4, 6. Alcuni anni dopo l'epilogo del caso *British Airways*, la compagnia di bandiera sudafricana è stata sanzionata per aver attuato una politica d'incentivazione affine a quella censurata dalle istituzioni europee: cfr. Competition Tribunal of South Africa 17 febbraio 2010, caso n. 80/CR/SEPT06, *Nationwide/Comair v. South African Airways*; Competition Appeal Court of South Africa 11 aprile 2011, caso n. 92/CAC/MAR10, *South African Airways v. Comair/Nationwide*. Per un parallelo tra il caso europeo e quello

politica di commissioni fidelizzanti attuata da British Airways alla luce dei principî sanciti dalla pregressa elaborazione pretoria e, segnatamente, dalla sentenza *Michelin*[248]. Ad avviso dei giudici di Lussemburgo, la natura escludente della politica commerciale di British Airways discendeva da due principali fattori: da un lato, il carattere retroattivo degli incentivi produceva un forte effetto marginale, accrescendo la pressione sugli agenti in prossimità delle soglie[249]; dall'altro, data l'elevata quota di mercato dell'impresa dominante, che rappresentava una controparte commerciale ineludibile sul mercato, le compagnie aeree rivali non erano in grado d'accordare alle agenzie di viaggi vantaggi economici paragonabili a quelli offerti da British Airways, giacché i ricavi realizzati dalle stesse nel Regno Unito non costituivano una base finanziaria sufficientemente ampia per istituire un analogo sistema di incentivi[250].

La sentenza *British Airways* ha avuto il merito di precisare che, perché un sistema di premi o sconti sia considerato abusivo, è necessario dimostrare un «effetto preclusivo», ossia un impatto sul mercato più incisivo della mera tendenza a fidelizzare i clienti[251]. Tuttavia, la Corte non s'è soffermata sul *discrimen* tra tendenza a fidelizzare e potenziale escludente, limitandosi ad avallare l'analisi della Commissione e del Tribunale UE. Il giudice di prime cure aveva rinviato alle stime effettuate dalla Commissione, secondo cui, per sottrarre alla compagnia di bandiera una quota pari all'uno per cento, un vettore aereo concorrente avrebbe dovuto offrire una commissione percentuale

---

sudafricano, cfr. G. FEDERICO, *SAA II: Abuse of Dominance in the South African Skies*, cit., che sottolinea il più elevato livello d'approfondimento dell'analisi degli effetti escludenti svolta dalle corti del Sud Africa.

[248] In particolare, in linea con Corte Giust. 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin/Commissione*, cit., § 73, la Corte ha affermato che, per accertare l'eventuale carattere abusivo di incentivi che non siano né premi o sconti quantitativi, oggetto di un tradizionale *favor* in quanto generalmente giustificati da risparmi di costo, né premi o sconti fedeltà, la cui illiceità è stata sancita dalla sentenza *Hoffmann-La Roche*, occorre valutare tutte le pertinenti circostanze, onde verificare – nel solco dell'ortodossia europea – se la pratica miri, mediante un vantaggio privo di giustificazione economica, a sopprimere o limitare le possibilità di scelta degli acquirenti, precludere ai concorrenti l'accesso al mercato, applicare alle controparti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti o rafforzare la posizione dominante mediante una concorrenza falsata: Corte Giust. 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways/Commissione*, cit., § 67.

[249] Corte Giust. 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways/Commissione*, cit., §§ 73-74.

[250] *Id.*, §§ 75-76.

[251] *Id.*, in particolare § 77.

elevatissima[252]. La Corte ha ritenuto che le conclusioni del Tribunale fossero sufficientemente corroborate da dati concreti.

In realtà, le stime elaborate dalla Commissione non consentivano d'escludere che gli altri vettori aerei potessero compensare le agenzie di viaggi per la perdita del beneficio accordato da British Airways, distribuendo i compensi addizionali su un ammontare di vendite più elevato dell'uno per cento. La Corte sembra esser giunta alla conclusione che i rivali non fossero in grado di competere sulla base di elementi indiziari, quali l'elevata quota di mercato della compagnia di bandiera e il fatto che British Airways rappresentasse una controparte commerciale ineludibile per i clienti, ma l'aumento delle quote di mercato dei concorrenti sollevava forti dubbi sui reali effetti escludenti della politica commerciale fidelizzante attuata dalla compagnia di bandiera, indebolendo significativamente il complessivo quadro probatorio[253].

La Corte di Giustizia si è occupata, altresì, del carattere discriminatorio del sistema di commissioni. Pur avallando le conclusioni della Commissione, la Corte sembra aver posto un argine alla tendenza a ravvisare, con estrema elasticità, una discriminazione rilevante ai sensi della disciplina antitrust europea: secondo i giudici di Lussemburgo, perché l'art. 102, lett. *c)*, TFUE sia applicabile, occorre non soltanto che il comportamento dell'impresa egemone sia astrattamente discriminatorio, ma anche che lo stesso tenda a falsare la concorrenza nel mercato a valle, penalizzando taluni operatori a vantaggio di altri[254]. Tuttavia, la Corte di Giustizia ha limitato, in concreto, la portata applicativa di tale principio, aggiungendo che la Commissione non è tenuta a fornire la specifica prova di un deterioramento effettivo ed esattamente quantificabile della posizione concorrenziale di alcune controparti[255].

---

[252] Cfr. Trib. UE 17 dicembre 2003, causa T-219/99, *British Airways/Commissione*, cit., § 23; Commissione 14 luglio 1999, *Virgin/British Airways*, cit., §§ 29-30.

[253] La Corte di Giustizia ha respinto le censure fondate sull'assenza di tangibili effetti escludenti e sull'ambiguità del quadro probatorio evocando i limiti del suo sindacato, che non può spingersi sino a sostituire la valutazione dei fatti operata dal Tribunale UE, perché confinato ai soli motivi di diritto. Cfr. Corte Giust. 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways/Commissione*, cit., § 101.

[254] *Id.*, § 144.

[255] Nella specie, ad avviso della Corte di Giustizia, era legittimo concludere che, per la loro capacità d'incidere in misura notevole sui ricavi delle agenzie di viaggi, le commissioni corrisposte da British Airways in caso di soddisfacimento degli obiettivi prefissati producessero effetti distorsivi nel mercato a valle, posto che gli agenti operavano in regime d'accesa concorrenza e l'ammontare delle risorse economiche disponibili influenzava in modo determinante la loro capacità competitiva. *Id.*, §§ 145-149.

L'espressa conferma di una decisione e di una sentenza tipicamente *old-style* da parte del supremo giudice europeo rischiava di frenare ulteriormente la spinta innovativa che aveva animato la presentazione del Discussion Paper[256]: da un lato, infatti, la sentenza dimostrava che la Corte non reputava indispensabili un affinamento dell'analisi e un innalzamento dello standard probatorio gravante sulla Commissione; dall'altro, una revisione dell'approccio tradizionale mediante uno strumento di *soft law* avrebbe comunque dovuto avere l'avallo della Corte di Giustizia, cui compete in ultima istanza l'interpretazione delle norme antitrust europee.

4.4. Gli Orientamenti della Commissione

Sebbene gli auspici non fossero favorevoli, nel dicembre del 2008 la Commissione ha adottato gli Orientamenti, che hanno segnato un mutamento di prospettiva rispetto all'approccio tradizionale delle istituzioni europee. Gli Orientamenti hanno sostanzialmente confermato l'impostazione teorica del Discussion Paper, ma hanno apportato alcuni correttivi allo standard di valutazione degli sconti retroattivi proposto nel 2005[257]. La Commissione ha ribadito che il potenziale anticoncorrenziale di un sistema di sconti retroattivi di carattere non predatorio si ricollega all'esistenza di una forma d'asimmetria, che impedisce ai rivali di competere per l'intera domanda dei clienti: in tali ipotesi, un sistema di sconti fidelizzanti consente d'utilizzare la base inelastica della domanda del cliente come leva per ridurre il prezzo effettivo pagato dallo stesso per le unità contendibili del suo fabbisogno[258].

Il *focus* dell'analisi è la verifica della capacità d'escludere un ipotetico concorrente altrettanto efficiente, mercé la stima del prezzo che un'impresa rivale dovrebbe offrire per compensare il cliente per la perdita dello sconto

---

[256] Nello stesso senso sembrava spingere la sentenza *Wanadoo* del Tribunale di Primo Grado, che aveva ribadito, alcuni mesi prima, la perdurante validità dei principî elaborati dalla giurisprudenza in tema di prezzi predatori: cfr. Trib. UE 30 gennaio 2007, causa T-340/03, *France Télécom/Commission*, disponibile sul sito Internet http://curia.europa.eu/it/content/juris/index.htm.

[257] Sul trattamento degli sconti fidelizzanti negli Orientamenti, cfr., *inter alia*, D. GERADIN, *A Proposed Test for Separating Pro-Competitive Conditional Rebates from Anti-Competitive Ones*, in *World Competition*, 2009, 41; J. TEMPLE LANG, *Commission's New Guidance on Article 82 is Flawed*, cit.; ID., *L'art. 82 – I problemi e la soluzione*, cit.; B. SHER, *Leveraging Non-Contestability: Exclusive Dealing and Rebates under the Commission's Article 82 Guidance*, in *Global Competition Policy*, febbraio 2009; I. NÚÑEZ OSORIO, *"A Test to Ban Rebates": Which Test is Applicable to Rebates under TFEU art. 102?*, in *European Competition Law Review*, 2012, 91.

[258] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 39.

concesso dall'impresa dominante, in caso di sottrazione di una determinata porzione della sua domanda (la «parte rilevante»)[259]. La parte rilevante consiste nella quota del fabbisogno del cliente che potrebbe essere ragionevolmente acquisita dalla potenziale vittima della condotta escludente. In particolare, gli Orientamenti precisano che, nella stima della parte rilevante, assume rilievo cruciale la quota contendibile della domanda del cliente, al crescere della quale tende ad aumentare la porzione del fabbisogno che può essere trasferita a un rivale. Tuttavia, la parte rilevante non coincide – o, quantomeno, non coincide necessariamente – con la quota contendibile del fabbisogno del cliente, posto che altri elementi possono incidere sulla sua stima. In particolare, mentre la nozione di quota contendibile è incentrata esclusivamente sulla domanda, quella di parte rilevante prende in considerazione anche fattori legati all'offerta. Per i concorrenti esistenti, indicazioni rilevanti ai fini della stima della parte rilevante potrebbero essere fornite da fattori quali la loro capacità d'espandere le vendite ai clienti e le eventuali fluttuazioni nell'ammontare delle forniture nel corso del tempo; per i concorrenti potenziali, la Commissione potrebbe valutare, ove possibile, la scala a cui nuovi operatori potrebbero realisticamente entrare nel mercato[260].

Il prezzo effettivo della parte rilevante del cliente deve essere quindi confrontato con i costi dell'impresa dominante: ove tale prezzo sia superiore al CIMLP, di norma, la pratica non sarebbe considerata anticompetitiva, in quanto un ipotetico rivale altrettanto efficiente dovrebbe essere in grado di competere[261]; per converso, ove il prezzo effettivo sia inferiore al CEM, il sistema di sconti sarebbe ritenuto potenzialmente escludente e, quindi, dovrebbe essere assoggettato a un'analisi concorrenziale completa, alla stregua dei criteri generali dettati dagli Orientamenti[262]. Infine, qualora il prezzo effettivo sia inferiore al CIMLP, ma superiore al CEM, la Commissione interverrebbe soltanto se ulteriori fattori inducano a ritenere che il sistema è atto a precludere l'ingresso o l'espansione di concorrenti altrettanto efficienti. In tale contesto, la Commissione verificherebbe se i rivali abbiano a disposizione strategie realistiche ed efficaci per rispondere alla politica commerciale dell'impresa dominante, ad esempio utilizzando, a loro volta, una quota non contendibile della domanda dei clienti come leva per ridurre il prezzo effettivo praticato per la porzione rilevante[263]. Si tratta di un approccio più flessibile e

[259] *Id.*, § 41.

[260] *Id.*, § 42.

[261] *Id.*, § 43.

[262] *Id.*, § 44.

[263] *Ibid.*

articolato di quello delineato nel Discussion Paper, che utilizzava come unico parametro di riferimento il CTM[264].

Negli Orientamenti, la Commissione ha confermato che gli sconti quantitativi di carattere retroattivo non godono di alcuna immunità dalle norme antitrust, bensì sono assoggettati, in linea di principio, al medesimo standard di valutazione applicabile agli sconti fedeltà e *target*. Peraltro, la Commissione ha riconosciuto che, di norma, il potenziale fidelizzante degli sconti quantitativi è inferiore a quello degli sconti basati su soglie di fatturato personalizzate, posto che l'obiettivo potrebbe essere eccessivamente ridotto per alcuni clienti e troppo elevato per altri[265]. La pratica potrebbe destare preoccupazioni sul piano concorrenziale soltanto qualora, di fatto, la soglia di fatturato approssimi il fabbisogno di un'apprezzabile porzione dei clienti[266], col risultato di produrre effetti sostanzialmente assimilabili a quelli degli sconti fedeltà e *target*.

Gli Orientamenti non menzionano espressamente gli sconti quantitativi basati su una griglia di soglie di fatturato. Il silenzio serbato sul punto dalla Commissione appare per certi versi sorprendente, posto che l'unico caso di sconti quantitativi censurati dalle istituzioni europee per i loro effetti fidelizzanti (ossia, il caso *Michelin II*) riguardava proprio un sistema basato su una griglia di soglie di fatturato cui corrispondevano incentivi crescenti[267]. La scelta della Commissione potrebbe riflettere l'intento di ridimensionare il rilievo degli sconti quantitativi retroattivi nella prassi antitrust europea, nel presupposto che, di norma, un sistema di sconti crescenti basati su una griglia standardizzata di soglie di fatturato abbia un potenziale fidelizzante limitato[268].

---

[264] Cfr. B. SHER, *Leveraging Non-Contestability: Exclusive Dealing and Rebates under the Commission's Article 82 Guidance*, cit.

[265] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 45; cfr. anche *DG Competition discussion paper*, cit., § 159. Ove l'obiettivo d'acquisto sia più ridotto della porzione monopolizzata della domanda, l'acquirente potrebbe differenziare le proprie fonti d'approvvigionamento, nei limiti della parte contendibile del fabbisogno, senza perdere alcun beneficio. Per contro, ove l'obiettivo d'acquisto sia più elevato del fabbisogno del cliente, quest'ultimo non sarebbe comunque in grado di raggiungere la soglia e, quindi, non potrebbe beneficiare di alcuno sconto.

[266] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 45. Alle medesime conclusioni potrebbe pervenirsi qualora la soglia di fatturato approssimi il fabbisogno dei clienti più importanti per le possibilità d'accesso e d'espansione dei concorrenti: in tal senso, cfr. *DG Competition discussion paper*, cit., § 169.

[267] Cfr. Commissione 20 giugno 2001, caso COMP/E-2/36.041/PO, *Michelin*, cit. Nel Discussion Paper, la Commissione ha precisato che effetti escludenti potrebbero prodursi qualora gli acquirenti possano essere raggruppati in un limitato numero di categorie, il cui fabbisogno approssima gli obiettivi previsti da un sistema basato su una griglia standardizzata di soglie di fatturato: cfr. *DG Competition discussion paper*, cit., § 159.

[268] Sul punto, v. *supra*, § 2.1.1.

4.5. I limiti degli Orientamenti

Gli Orientamenti hanno segnato un passaggio fondamentale nel tentativo di superare l'approccio formalistico adottato in passato dalla Commissione e introdurre criteri di valutazione incentrati sugli effetti della pratica. Il *focus* sui rischi derivanti dall'esistenza di una porzione non contendibile della domanda, utilizzata come leva per ridurre il prezzo effettivo delle unità esposte all'altrui pressione concorrenziale, appare ragionevole e giustificato sul piano economico, poiché consente d'intervenire nei casi in cui la pratica sia idonea ad alterare il fisiologico funzionamento delle dinamiche di mercato, senza privare *tout court* le imprese dominanti della possibilità d'utilizzare un'efficace leva commerciale.

Altra questione è se l'approccio delineato dalla Commissione sia effettivamente praticabile. La letteratura giuseconomica fornisce alcune indicazioni circa i criteri da utilizzare per verificare l'eventuale esistenza di una porzione non contendibile della domanda dei clienti ed effettuare stime ragionevoli della sua verosimile estensione[269]. Tuttavia, in molti casi, potrebbe essere estremamente difficile accertare con sufficiente attendibilità se imprese altrettanto efficienti siano in grado di competere, soprattutto in presenza di un elevato numero di clienti aventi caratteristiche diverse. In tale ottica, parte della dottrina giuridica ha severamente criticato il test elaborato dalla Commissione, ritenuto difficilmente amministrabile, eccessivamente discrezionale e, quindi, idoneo a generare una situazione d'incertezza giuridica, che potrebbe disincentivare l'attuazione di politiche commerciali procompetitive[270].

Di là dai timori circa l'incertezza giuridica generata dal test elaborato dalla Commissione, diversi aspetti degli Orientamenti non sono del tutto convincenti e potrebbero dare origine a significativi problemi applicativi. Uno dei principali limiti degli Orientamenti è la vaghezza della nozione di parte rilevante. La Commissione ha precisato che, nella stima della parte rilevante, assume rilievo cruciale l'estensione della quota contendibile della domanda dell'acquirente, ma la parte rilevante non coincide necessariamente con tale quota. A titolo esemplificativo, i concorrenti potrebbero non essere in grado di competere per l'intera porzione contendibile della domanda dei clienti, ove

---

[269] Cfr. A. MAJUMDAR-S. BISHOP-D. RIDYARD-I. WILLIAMS-U. AKGUN, *op. cit.*; D. GERADIN, *A Proposed Test for Separating Pro-Competitive Conditional Rebates from Anti-Competitive Ones*, cit.

[270] Cfr., in particolare, J. TEMPLE LANG, *Commission's New Guidance on Article 82 is Flawed*, cit.; ID., *L'art. 82 – I problemi e la soluzione*, cit.; in senso analogo, pur riconoscendo la correttezza del test sul piano teorico, si esprime D. GERADIN, *A Proposed Test for Separating Pro-Competitive Conditional Rebates from Anti-Competitive Ones*, cit.

questi ultimi siano acquirenti intermedi e preferiscano mantenere, oltre alla marca *leader* del mercato, un ampio assortimento di prodotti diversi. Inoltre, l'estensione della parte rilevante dipende non soltanto dalle caratteristiche della domanda dei clienti, ma anche dalla capacità d'offerta dei rivali. Limiti di capacità fronteggiati dai concorrenti attuali o potenziali potrebbero impedire di competere per l'intera porzione contendibile della domanda dei clienti. Inoltre, in presenza di limiti di capacità, un sistema di sconti retroattivi potrebbe costringere i rivali a concentrare le vendite su un numero limitato di acquirenti: il conseguente minor grado di penetrazione commerciale potrebbe porre gli altri operatori in una situazione di svantaggio competitivo, qualora la disponibilità di una rete distributiva capillare e diffusa sul territorio rappresenti un'importante variabile concorrenziale, oppure l'esistenza di effetti di rete favorisca i prodotti utilizzati da un maggior numero di clienti.

Sebbene in linea teorica possa essere giustificato, in alcuni casi, discostarsi dal parametro della porzione contendibile del fabbisogno del cliente, il riferimento alla capacità d'offerta dei concorrenti rischia di acuire le difficoltà applicative legate all'uso di un test di prezzo e potrebbe generare una situazione d'incertezza giuridica difficilmente gestibile, giacché la valutazione della legittimità della pratica finisce per dipendere da informazioni di carattere riservato concernenti le imprese rivali, delle quali, di norma, l'impresa dominante non può disporre al momento della definizione delle sue politiche commerciali[271]. Inoltre, non è chiaro a quali concorrenti occorra far riferimento nella valutazione della verosimile estensione della porzione rilevante, in presenza di operatori alternativi dotati di differenti capacità di soddisfare la domanda dei clienti ed espandere la propria produzione.

Per altro verso, gli Orientamenti generano incertezza per l'estrema scarsità e la genericità delle indicazioni fornite in ordine alla valutazione della pratica nei casi in cui il test divisato dalla Commissione non possa essere applicato per la mancanza di sufficienti dati e informazioni. In molti casi, infatti, potrebbe non essere ragionevolmente possibile stimare, con sufficiente affidabilità, la quota contendibile o, comunque, la porzione rilevante della domanda dei clienti, soprattutto ove questi ultimi siano numerosi, abbiano caratteristiche e preferenze eterogenee e non siano raggruppabili in un limitato novero di categorie omogenee. Negli Orientamenti, la Commissione ha riconosciuto che la mancanza di informazioni sufficientemente complete e precise può incidere negativamente sull'accuratezza e sull'affidabilità dell'analisi[272], ma non ha fornito chiare indicazioni circa l'approccio che essa

[271] *Ibid.*

[272] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., §§ 41 e 42, nota 29.

intende seguire nei casi in cui non sia ragionevolmente possibile stimare il prezzo effettivo delle unità esposte all'altrui pressione concorrenziale[273]. La scarsità delle indicazioni fornite dagli Orientamenti acuisce il rischio che le imprese decidano di non attuare iniziative pro-competitive per il timore d'inciampare nelle insidie della disciplina antimonopolistica.

Infine, le misure dei costi scelte dalla Commissione come parametri di riferimento per l'applicazione del test di prezzo tradiscono una discrasia con l'approccio seguito nella valutazione di altre pratiche potenzialmente abusive. Gli Orientamenti precisano che, di regola, un sistema di sconti è idoneo a escludere un concorrente altrettanto efficiente ove il prezzo effettivo sia inferiore al CEM. Ove il prezzo effettivo sia compreso tra il CEM e il CIMLP, invece, la pratica non sarebbe automaticamente considerata idonea a prevenire l'ingresso o l'espansione di concorrenti altrettanto efficienti, bensì sarebbe necessario verificare l'esistenza di ulteriori fattori che depongano in tal senso. Per contro, nella valutazione delle altre politiche di prezzo potenzialmente abusive, prezzi inferiori al CIMLP sono ritenuti sufficienti a escludere concorrenti altrettanto efficienti[274], mentre il CEM è espressamente menzionato soltanto nella sezione sui prezzi predatori, come misura dei costi sotto la quale si presume che l'impresa dominante stia consapevolmente sacrificando profitti a fini escludenti[275].

L'adozione di un approccio flessibile nella definizione della misura dei costi è condivisibile, posto che prezzi inferiori al CIMLP, ma superiori al CEM, non sono necessariamente idonei a escludere concorrenti altrettanto efficienti. Tuttavia, gli Orientamenti forniscono limitatissime indicazioni circa la valutazione della capacità d'escludere un concorrente altrettanto efficiente nei casi in cui il prezzo effettivo sia compreso tra il CEM e il CIMLP. L'unico fattore richiamato dagli Orientamenti è l'esistenza di strategie realistiche ed

---

[273] Mentre nel Discussion Paper la Commissione aveva dichiarato di voler valutare, oltre all'importanza relativa dello sconto, gli effetti concreti della pratica contestata, in particolare attraverso il confronto tra la situazione anteriore e quella posteriore alla sua introduzione (cfr. *DG Competition discussion paper*, cit., § 164), gli Orientamenti non fanno specifico riferimento a tali fattori. Peraltro, le eventuali prove di un'effettiva preclusione costituiscono uno degli elementi da prendere in considerazione, in linea generale, nella valutazione del potenziale anticompetitivo delle condotte escludenti (cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 20).

[274] *Id.*, §§ 26 e 60 (sconti multi-prodotto), 67 (prezzi predatori) e 80 (compressione dei margini).

[275] *Id.*, § 64. La difformità rispetto altre politiche di prezzo appare ancor più sorprendente se si considera che, nel Discussion Paper, la Commissione aveva utilizzato il CTM come parametro di riferimento per i sistemi di sconti retroattivi, nel presupposto che questi ultimi non implicassero necessariamente alcuna perdita o sacrificio di profitti per l'impresa dominante e, pertanto, potessero essere utilizzati per un lungo periodo: cfr. *DG Competition discussion paper*, cit., § 100.

efficaci per rispondere alla politica commerciale dell'impresa dominante. In particolare, ove un rivale possa utilizzare, a sua volta, una quota non contendibile della domanda dei clienti come leva per ridurre il prezzo effettivo della porzione rilevante, il sistema di sconti attuato dall'operatore egemone potrebbe non essere considerato idoneo a escludere concorrenti altrettanto efficienti[276]. Sennonché, anche qualora i rivali non abbiano a disposizione specifiche strategie per rispondere alla politica di sconti dell'impresa dominante, prezzi effettivi inferiori al CIMLP, ma superiori al CEM, non dovrebbero essere idonei a escludere concorrenti altrettanto efficienti, ove la politica di sconti sia attuata per un arco temporale limitato. Per altro verso, le scarne indicazioni fornite dalla Commissione in ordine alle possibili contro-strategie a disposizione dei rivali sembrano riconoscere all'impresa dominante maggiori margini d'azione proprio nei casi in cui l'ingresso e l'espansione di altri fornitori potrebbero essere più difficoltosi, in virtù dell'esistenza di più operatori in possesso di un elevato potere di mercato su una quota della domanda dei clienti.

4.6. La prima applicazione dei criteri introdotti dagli Orientamenti: il caso Intel *europeo*

Il caso *Intel* ha rappresentato la prima occasione a disposizione della Commissione per applicare gli innovativi criteri di valutazione introdotti dagli Orientamenti. Nel maggio del 2009, all'esito di un'istruttoria durata oltre otto anni, la Commissione ha imposto al principale produttore mondiale di circuiti integrati a semiconduttori la sanzione più elevata mai irrogata a una singola impresa per un'infrazione antitrust, pari a 1,06 miliardi di Euro, per aver abusato della sua posizione dominante nel mercato per un particolare tipo di unità centrali di elaborazione (CPU x86), adottando una serie di misure volte a limitare la commercializzazione di processori del principale concorrente, Advance Micro Devices (AMD), che rappresentava una crescente minaccia per i prodotti dell'impresa egemone[277]. Il caso europeo s'inseriva nel quadro di

[276] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 44.

[277] Cfr. Commissione 13 maggio 2009, caso COMP/37.990, *Intel*, cit. Sulla decisione della Commissione, cfr., *inter alia*, H. ROSENBLATT-H. ARMENGOD, *The Commission's Approach to Conditional Discounts: A Look at* Tomra *and* Intel, in *European Antitrust Review*, 2012, 49; D. GERADIN, *The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel Case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2010, 112; N. BANASEVIC-P. HELLTRÖM, *When the Chips are Down: Some Reflections on the European Commission's Intel Decision*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2010, 301; R.H. LANDE, *The Price of Abuse: Intel and the European Commission Decision*, in

alcune indagini parallele aventi ad oggetto le politiche di sconti del *leader* mondiale del settore, avviate dalle autorità antitrust giapponese e coreana, e avrebbe avuto seguito nell'iniziativa della FTC discussa *supra*[278].

Le condotte contestate all'operatore egemone erano essenzialmente di due tipi: da un lato, Intel aveva offerto ai produttori di computer sconti retroattivi, condizionati all'acquisto della totalità o della maggior parte del loro fabbisogno di processori dall'impresa dominante, e aveva effettuato pagamenti al principale rivenditore europeo di computer a condizione che vendesse esclusivamente prodotti recanti la sua tecnologia[279]; dall'altro, il *leader* mondiale del settore aveva effettuato pagamenti diretti a diversi produttori di computer per indurli a interrompere o ritardare il lancio di determinati prodotti contenenti processori di produttori concorrenti o limitare la loro distribuzione (*naked restrictions*)[280].

Oggetto principale dell'indagine della Commissione era la concessione degli sconti condizionati di carattere retroattivo. Sebbene tali incentivi spesso non fossero menzionati nei contratti stipulati con i clienti e, in diversi casi, questi ultimi avessero ricevuto gli sconti indipendentemente dal raggiungimento degli obiettivi d'acquisto, la Commissione ha raccolto elementi probatori che dimostravano, a suo avviso, come l'offerta di incentivi condizionati alla fedeltà facesse parte, di fatto, delle relazioni commerciali tra le parti, quali erano percepite dagli acquirenti[281].

Global Competition Policy, giugno 2009; H. PAERSON, *Headline-Grabbing Intel Fine Hides Article 82 EC Enforcement Concerns*, in *Global Competition Policy*, giugno 2009.

[278] Cfr. § *supra*, § 3.3.

[279] I pagamenti effettuati al principale rivenditore europeo di computer sono stati equiparati agli sconti condizionati, in considerazione del fatto che il meccanismo economico dei diversi tipi di incentivi era sostanzialmente equivalente.

[280] Ad esempio, Intel aveva effettuato pagamenti a un determinato produttore di computer a condizione che quest'ultimo: (i) vendesse prodotti basati su microprocessori AMD soltanto a piccole e medie imprese; (ii) vendesse i medesimi prodotti soltanto attraverso il canale distributivo diretto, invece che avvalendosi di distributori; e (iii) posticipasse di sei mesi il lancio dei suoi primi prodotti basati su microprocessori AMD. Inoltre, Intel aveva effettuato pagamenti ad almeno uno dei principali rivenditori europei a condizione che mantenesse in deposito soltanto *personal computer* contenenti microprocessori dell'impresa dominante.

[281] Secondo la Commissione, inoltre, almeno un produttore di computer aveva percepito che l'acquisto di processori di AMD avrebbe comportato non soltanto la perdita degli sconti, ma anche la concessione di maggiori riduzioni di prezzo ai suoi concorrenti. Ciò avrebbe aggravato lo svantaggio competitivo in cui si sarebbe trovato l'acquirente, rafforzando la portata fidelizzante ed escludente del sistema. In senso critico nei confronti del carattere speculativo dell'*iter* motivazionale seguito dalla Commissione, fondato sulla percezione degli acquirenti circa le relazioni commerciali con l'impresa dominante, cfr. D. GERADIN, *The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel Case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm*, cit.; *contra*, cfr. N. BANASEVIC-P. HELLTRÖM, *op. cit.*

Nell'analisi concorrenziale delle politiche di sconti di Intel, la Commissione ha evocato, in prima battuta, l'orientamento tradizionale della giurisprudenza europea, a tenore del quale sono incompatibili con le norme antitrust tanto l'offerta di sconti in cambio dell'assunzione di un vincolo d'esclusiva, quanto la mera concessione di riduzioni del prezzo condizionate all'approvvigionamento presso l'impresa dominante per la totalità o la maggior parte del fabbisogno dei clienti[282]. Nella specie, ad avviso della Commissione, il carattere fidelizzante degli sconti era acuito dall'incertezza circa l'esatta misura del beneficio concesso dall'operatore egemone.

Pur ritenendo di non esservi tenuta, la Commissione ha deciso di fare comunque un passo avanti rispetto al tradizionale approccio formalistico, sottoponendo la politica di sconti di Intel al test del concorrente altrettanto efficiente introdotto dagli Orientamenti[283]. In tale prospettiva, la Commissione ha svolto un'analisi economica della capacità degli sconti di precludere l'accesso al mercato a un concorrente altrettanto efficiente, stimando il prezzo effettivo al quale un rivale avrebbe dovuto vendere i processori per compensare un acquirente della perdita degli incentivi concessi da Intel. L'analisi della Commissione è partita dall'accertamento del fatto che una consistente porzione della domanda dei produttori di computer era necessariamente rivolta ai processori di Intel e, quindi, non contendibile[284]. Su tali basi, la Commissione è giunta alla conclusione che un rivale altrettanto efficiente non sarebbe stato in grado di competere, giacché il prezzo effettivo che un concorrente avrebbe dovuto offrire per la quota rilevante del fabbisogno dei clienti – ossia, la

---

[282] Cfr. decisione della Commissione del 13 maggio 2009, caso COMP/37.990, *Intel*, cit., § 920. Il tradizionale orientamento formalistico è rinnovato, in particolare, nei §§ 920-925, nonché nel § 933, ove si censura la mera limitazione della libertà di scelta degli acquirenti.

[283] *Id.*, in particolare §§ 1002-1577.

[284] Ad avviso della Commissione, infatti, posto che la scelta dei processori era dettata dalle specifiche tecniche dei computer, i produttori non avrebbero potuto rivolgersi a un concorrente per i modelli esistenti. Un cambiamento del fornitore di processori era possibile soltanto per i nuovi modelli di computer, che tuttavia rappresentavano, in ciascun anno, una porzione limitata delle vendite complessive. Peraltro, diversi passaggi dell'analisi svolta dalla Commissione sollevano delicate questioni fattuali e interpretative. Nelle negoziazioni con Intel, i produttori di computer avevano prospettato la possibilità di rivolgersi ad AMD per porzioni del proprio fabbisogno maggiori di quelle risultanti dai loro documenti interni e dalle comunicazioni con il fornitore concorrente. Ciò nonostante, la Commissione si è basata sui documenti interni in quanto, a suo avviso, Intel avrebbe dovuto sapere che i clienti stavano esagerando (*id.*, §§ 1352-1383, 1474-1477, 1488-1496). La Commissione non ha tenuto conto, altresì, del fatto che i produttori di computer avevano trasferito ad AMD volumi maggiori di quelli ipotizzati *ex ante*, sull'assunto che l'effetto escludente degli sconti dipendesse dalle convinzioni dei clienti circa la possibilità di rivolgersi ad altri operatori, invece che da quanto si era rivelato possibile *ex post* (*id.*, §§ 1241-1245, 1253, 1339-1343).

porzione della loro domanda che poteva essere ragionevolmente sottratta da un altro fornitore – risultava inferiore al CEM[285].

La Commissione ha quindi concluso che, ostacolando l'accesso ai produttori d'importanza strategica e al principale rivenditore di computer, le condotte di Intel avevano ridotto la capacità competitiva di AMD, limitandone gli investimenti in ricerca e sviluppo, con effetti negativi per i consumatori in termini di riduzione della varietà di scelta e del tasso d'innovazione.

Il caso *Intel* ha segnato l'esordio dei criteri di valutazione delineati dagli Orientamenti, ma questi ultimi sono stati relegati al ruolo minore di supplemento d'analisi rispetto a valutazioni fondate sul tradizionale approccio formalistico della giurisprudenza e della prassi decisionale europee. L'applicazione del test del concorrente altrettanto efficiente non è stata considerata indispensabile ai fini della prova dell'infrazione[286], né la Commissione ha ritenuto necessario fornire la dimostrazione di effetti escludenti[287]. In particolare, la Commissione ha disatteso la difesa secondo cui, lungi dall'essere escluso, il principale fornitore alternativo operava ai limiti della propria capacità produttiva, facendo leva sul carattere oggettivo del concetto di abuso, che prescinde dall'esistenza di effetti escludenti attuali. Tracce del tradizionale approccio formalistico sono rinvenibili, altresì, nell'apprezzamento non particolarmente approfondito e scrupoloso dell'impatto della pratica sui consumatori, in uno scenario di mercato caratterizzato da una costante riduzione dei prezzi, un sostenuto tasso d'innovazione e un considerevole incremento della produzione.

Le indicazioni che si traggono dalla decisione circa la possibilità di far fronte agli sconti offerti da Intel e il potenziale escludente delle condotte contestate sono contrastanti. Gli sconti erano senz'altro idonei a ostacolare l'accesso di AMD alla clientela. In un caso, addirittura, AMD aveva offerto a

---

[285] L'analisi svolta dalla Commissione rappresenta una variante di quella proposta negli Orientamenti ed è analoga a quella prospettata nel Discussion Paper. In dettaglio, la Commissione ha stimato lo sconto cui ogni cliente avrebbe rinunciato riducendo gli approvvigionamenti presso Intel e il numero di processori che un ipotetico concorrente avrebbe dovuto fornire per compensare il cliente per la perdita dello sconto offerto dall'impresa dominante, offrendo un prezzo ridotto, ma comunque superiore ai costi (la «*required share*»). Quindi, la Commissione ha verificato se la *required share* fosse inferiore al numero di processori ragionevolmente aperti alla concorrenza (la «*contestable share*»). Il soddisfacimento di tale condizione indicava che un concorrente altrettanto efficiente non avrebbe potuto competere per la porzione contendibile della domanda dei clienti.

[286] La Commissione si è premurata di precisare che l'analisi svolta era soltanto una delle possibili vie per analizzare il potenziale escludente della pratica e, comunque, non assumeva rilievo ai fini del trattamento sanzionatorio, perché non rilevava per l'esistenza dell'infrazione, né per l'accertamento dell'elemento soggettivo. *Id.*, §§ 1002 e 1760.

[287] *Id.*, § 922.

un produttore di computer la fornitura di un milione di processori a titolo gratuito, ma il cliente ne aveva accettato soltanto 160.000, per non perdere gli sconti concessi da Intel sugli acquisti di diversi milioni di processori. In un mercato caratterizzato da significative economie di scala e dall'esigenza di finanziare una continua attività di ricerca e sviluppo, la preclusione dell'accesso a una porzione significativa della domanda può limitare la capacità competitiva dei rivali. D'altro canto, dall'indagine svolta era emerso che, in diversi casi, i clienti avevano trasferito parte dei propri ordini al principale concorrente, nonostante gli sconti offerti dall'impresa egemone. Inoltre, il consolidamento della posizione di AMD sollevava alcuni dubbi circa l'effettivo potenziale escludente delle condotte contestate.

Com'era prevedibile, la decisione della Commissione ha sollevato opinioni discordanti: parte della dottrina ha obiettato che le politiche di sconti di Intel si erano tradotte in un beneficio per i consumatori in termini di minori prezzi nel mercato a valle, senza aver prodotto reali effetti escludenti, posto che le vendite, i profitti e gli investimenti di AMD erano cresciuti nel periodo oggetto d'indagine[288]; altri hanno sostenuto che, in realtà, le riduzioni di prezzo erano meramente fittizie, perché s'accompagnavano a un incremento dei prezzi iniziali, volto a creare le condizioni per fidelizzare i clienti attraverso il riconoscimento di incentivi, e la limitazione della capacità competitiva dei rivali aveva pregiudicato i consumatori attraverso una riduzione della tensione competitiva, delle possibilità di scelta e del tasso d'innovazione[289].

4.7. La reiterazione del tradizionale approccio formalistico: le sentenze dei giudici europei nei casi Solvay *e* Tomra

Nei mesi successivi all'adozione della decisione *Intel*, le corti europee sono tornate a occuparsi del tema degli sconti fidelizzanti nei casi *Solvay* e *Tomra*, confermando la validità del tradizionale orientamento formalistico e, in tal modo, deludendo le aspettative di quanti auspicavano un'evoluzione della giurisprudenza.

Nel dicembre del 2009, in *Solvay*, il Tribunale UE ha ribadito l'illiceità degli sconti condizionati alla fedeltà del cliente, che mirano a limitare la libertà di scelta degli acquirenti e ostacolare l'accesso dei concorrenti al mercato, in contrapposizione agli sconti quantitativi, legati unicamente ai volumi d'acquisto e proporzionati ai risparmi di costo resi possibili dall'incremento

[288] Cfr., in particolare, D. GERADIN, *The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel Case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm*, cit.

[289] Cfr. R.H. LANDE, *The Price of Abuse: Intel and the European Commission Decision*, cit.; N. BANASEVIC-P. HELLTRÖM, *op. cit.*

delle vendite[290]. Nella specie, ad avviso del Tribunale, l'impresa dominante nel mercato del carbonato di sodio, composto impiegato principalmente per la produzione del vetro, non aveva dimostrato che gli sconti concessi fossero oggettivamente giustificati sul piano economico[291]. Oltre a sconti incrementali e ulteriori incentivi legati alla fedeltà del cliente, il Tribunale ha censurato lo sconto pari all'1,5% calcolato sul totale degli acquisti effettuati in Europa dalle società appartenenti a un importante gruppo, rilevando che la riduzione del prezzo non rifletteva il contributo di ciascuna controllata agli eventuali guadagni d'efficienza[292]. Il Tribunale ha riconosciuto che l'importo dello sconto era modesto, ma ha ritenuto che il beneficio fosse comunque illecito, per la sua mera idoneità a influire sulle condizioni di concorrenza[293].

I giudici di Lussemburgo hanno confermato la decisione della Commissione, altresì, nella parte relativa all'accertamento del carattere discriminatorio degli sconti, ritenendo irrilevante tanto la modesta incidenza del carbonato di sodio sul prezzo di vendita medio del vetro (pari al 2-6%), quanto il fatto che i produttori di diversi tipi di vetro operassero su mercati distinti e, quindi, non fossero in diretta concorrenza tra loro[294]. Il carattere discriminatorio degli sconti è stato censurato in quanto tale, indipendentemente dalla portata degli effetti distorsivi nei mercati a valle[295].

Due anni dopo, in *Tomra*, il Tribunale ha richiamato l'insegnamento consolidato della giurisprudenza europea secondo cui gli sconti fidelizzanti personalizzati violano, in linea di principio, l'art. 102 TFUE, a differenza degli sconti quantitativi, che possono riflettere risparmi di costo[296]. Quindi, il

---

[290] Trib. UE 17 dicembre 2009, causa T-57/01, *Solvay/Commissione*, in *Raccolta*, 2009, II-4621, §§ 316-320. La sentenza del Tribunale ha confermato la decisione 13 dicembre 2000, caso COMP/33.133-C, *Carbonato di sodio - Solvay*, G.U. L 10/10 (2003), con cui la Commissione ha reiterato la precedente decisione 19 dicembre 1990, caso IV/33.133-C, *Carbonato di sodio - Solvay*, cit., che era stata annullata per motivi procedurali da Trib. UE 29 giugno 1995, causa T-32/91, *Solvay/Commissione*, in *Raccolta*, 1995, II-1825.

[291] Trib. UE 17 dicembre 2009, causa T-57/01, *Solvay/Commissione*, cit., § 334.

[292] *Id.*, § 354.

[293] *Id.*, § 355.

[294] *Id.*, §§ 393-401.

[295] La Corte di Giustizia ha annullato la sentenza del Tribunale UE per motivi legati alla violazione dei diritti di difesa dell'impresa interessata da parte della Commissione, senza entrare nel merito delle censure relative all'analisi delle condotte contestate: v. Corte Giust. 25 ottobre 2011, causa C-109/10 P, *Solvay/Commissione*, non ancora pubblicata.

[296] Trib. UE 9 novembre 2011, causa T-155/06, *Tomra/Commissione*, cit., §§ 208-214. Sulla sentenza del Tribunale UE, cfr., *inter alia*, G. FEDERICO, *Tomra v Commission of the European Communities: reversing progress on rebates?*, in *European Competition Law Review*, 2011, 139; G. PEEPERKORN-E. ROUSSEVA, *Article 102 TFEU: Excusive Dealing and Rebates*, in

Tribunale ha affermato che, per accertare l'illiceità di un sistema di sconti fidelizzanti, occorre valutare le circostanze della specie, ivi incluso il contesto nel quale gli accordi contestati s'inseriscono, onde stabilire se tali pratiche tendano o siano idonee a restringere o escludere la concorrenza sul mercato considerato[297].

Nell'apprezzamento del carattere escludente degli sconti, il giudice europeo ha evocato la *ratio* economica su cui si fondano gli Orientamenti, richiamando il *suction effect* («effetto di aspirazione») prodotto da un sistema di sconti retroattivi[298]. Tuttavia, in contrasto con gli Orientamenti, il Tribunale si è limitato a costatare che un sistema di incentivi retroattivi implica necessariamente l'offerta delle ultime unità a un prezzo «strutturalmente poco attraente», senza richiedere la prova del fatto che, per fronteggiare l'offerta dell'impresa dominante, i concorrenti sono costretti a offrire un prezzo inferiore ai costi[299]. Secondo il Tribunale, infatti, la limitata sostituibilità dei prodotti per buona parte della domanda sarebbe «inerente ad una posizione dominante forte», sicché l'impresa egemone rappresenterebbe, «in ampia misura, un partner commerciale irrinunciabile»[300]. Di conseguenza, i rivali potrebbero distribuire lo sconto, al più, su una porzione limitata delle vendite.

Il Tribunale ha affrontato, altresì, la questione della portata della *foreclosure*. Tomra aveva lamentato, *inter alia*, che la Commissione non aveva verificato se la porzione della domanda non coperta dal sistema di sconti fosse sufficientemente ampia da consentire agli altri fornitori di continuare a operare in modo profittevole sul mercato. Il Tribunale ha ritenuto che, sebbena la Commissione non fosse tenuta a dimostrare un effetto escludente, essa avesse adeguatamente valutato la questione della preclusione dell'accesso a una sufficiente parte della domanda[301]. Ad avviso del Tribunale, la copertura di una significativa porzione della domanda complessiva, pari nella specie al 40%, era sufficiente a restringere l'accesso di altri operatori, limitarne la crescita e ridurre la pressione competitiva nel mercato[302]. Tuttavia, il Tribunale si è spinto oltre e ha negato, di fatto, la necessità di provare un sufficiente grado di preclusione, affermando che il blocco di una parte sostanziale del mercato non può essere giustificato dal fatto che la quota non coperta da un sistema di sconti

---

European Journal of Competition Law & Practice, 2010, 36; H. ROSENBLATT-H. ARMENGOD, *op. cit.*

[297] Trib. UE 9 novembre 2011, causa T-155/06, *Tomra/Commissione,* cit., § 215.

[298] *Id.*, § 267; cfr. anche § 218.

[299] *Id.*, § 270.

[300] *Id.*, § 269.

[301] *Id.*, §§ 200 e 219.

[302] *Id.*, § 240.

sia sufficiente a far posto a un numero limitato di concorrenti. Secondo il Tribunale, infatti, i clienti «dovrebbero avere la possibilità di approfittare di ogni grado di concorrenza che sia possibile sul mercato», mentre gli altri operatori dovrebbero poter competere «su tutto il mercato e non soltanto su una parte di questo». Inoltre, non spetterebbe all'impresa dominante «stabilire quanti concorrenti validi siano autorizzati a farle concorrenza»[303]. In tale ottica, anche una preclusione *de minimis* o, comunque, relativamente limitata potrebbe confliggere con l'art. 102 TFUE.

Nel 2012, la Corte di Giustizia ha avallato l'*iter* motivazionale della decisione e della sentenza del Tribunale, ribadendo l'orientamento consolidato secondo cui, per accertare l'illiceità di una politica di sconti, è sufficiente dimostrare che la condotta contestata *tende* a restringere la concorrenza o *è idonea* ad avere tale effetto, in virtù del meccanismo fidelizzante insito in un sistema di incentivi di carattere retroattivo, mentre non è necessario applicare un test di prezzo volto a verificare se un concorrente altrettanto efficiente possa formulare un'offerta competitiva[304].

Il riferimento a concetti di natura economica, come l'effetto di «aspirazione» cagionato dal carattere retroattivo del sistema di incentivi e l'uso della base inelastica della domanda dei clienti per estendere le proprie vendite alla parte contendibile, riflette il riconoscimento della validità dell'impianto concettuale sviluppato dalla Commissione negli Orientamenti[305]. Tuttavia, la sentenza *Tomra* si discosta profondamente dagli Orientamenti sul piano dello standard probatorio necessario per dimostrare l'illiceità di una politica di sconti, giacché la Corte di Giustizia non ha richiesto la prova dell'impossibilità di formulare offerte competitive attraverso l'applicazione di un adeguato test di prezzo, bensì ha ritenuto sufficiente una mera idoneità escludente, che sussisterebbe quando i benefici concessi sono retroattivi e le soglie corrispondono alla totalità o alla maggior parte del fabbisogno del cliente[306].

---

[303] *Id.*, § 241.

[304] Cfr. Corte Giust. 19 aprile 2012, causa C-549/10 P, *Tomra e altri/ Commissione*, cit., §§ 68-80. Sulla sentenza della Corte di Giustizia, cfr., *inter alia*, B. BATCHELOR, Tomra*: the confusion remains – The European Court of Justice repeats conflicting dicta*, in *Competition Law Insight*, 2012, 19; sulle conclusioni dell'Avvocato Generale Mazák nella causa di fronte alla Corte di Giustizia, cfr. B. BATCHELOR-K.H. JEBELLI, Tomra *trouble – AG Mazák tries to soften parts of the General Court's judgment*, in *Competition Law Insight*, 2012, 3, 13.

[305] Cfr. Corte Giust. 19 aprile 2012, causa C-549/10 P, *Tomra e altri/ Commissione*, cit., §§ 78-79.

[306] Sulla stessa linea, l'Avvocato Generale Mazák aveva ritenuto che, alla luce dell'orientamento tradizionale della giurisprudenza, l'applicazione di un test di prezzo non fosse necessaria per l'accertamento dell'illiceità delle politiche di sconti fidelizzanti, pur potendo «essere utile per valutare con maggiore precisione la portata degli effetti di tali pratiche», onde stabilire se esse «si limitavano a rendere l'entrata e l'espansione più difficili, o se le rendevano economicamente

La Corte di Giustizia ha confermato, altresì, la sentenza del Tribunale nella parte in cui ha affermato che non è necessario provare un grado minimo di preclusione dell'accesso al mercato[307]. La decisione della Corte può essere letta, più cautamente, nel senso che non è corretto stabilire *a priori* una soglia di rilevanza di una condotta escludente, essendo necessario analizzare in concreto le circostanze di ciascun caso[308], ma i riferimenti alla libertà dei clienti di cogliere tutte le opportunità disponibili e a quella dei concorrenti di competere per l'intero mercato sembrano riflettere istanze strutturaliste di matrice ordo-liberale, che appaiono difficilmente conciliabili con la rivisitazione in chiave economica dell'*enforcement* della disciplina antimonopolistica europea.

4.8. Gli effetti escludenti degli sconti fidelizzanti retroattivi: alcune considerazioni conclusive

Pur riguardando casi anteriori all'adozione degli Orientamenti, le sentenze delle corti europee in *Solvay* e *Tomra* hanno segnato un significativo passo indietro rispetto all'approccio economico prospettato dalla Commissione. Se la sentenza *Solvay*, concernente un caso risalente a diversi anni prima, ha rappresentato una sorta di manifesto del tradizionale orientamento formalistico, le pronunzie rese dal Tribunale e dalla Corte di Giustizia in *Tomra* contengono alcuni riferimenti a concetti mutuati dall'apparato concettuale su cui si fondano gli Orientamenti, come il *suction effect* generato da un sistema di sconti retroattivi. Tuttavia, il riferimento al prezzo «strutturalmente poco attraente» che un concorrente dovrebbe offrire per le ultime unità del fabbisogno dei clienti riflette un approccio formalistico, in base al quale bassi prezzi incrementali sono una fonte di preoccupazione *per se*, indipendentemente dalla verifica della possibilità, per i rivali, di fronteggiare l'offerta dell'impresa dominante[309]. L'analisi economica degli sconti retroattivi svolta negli Orientamenti è filtrata, in certa misura, nella giurisprudenza delle corti europee, ma solo come apparato teorico utile per razionalizzare e spiegare con più

---

impossibili»: cfr. conclusioni del 2 febbraio 2012, causa C-549/10 P, Tomra e altri/ Commissione, § 54, disponibili sul sito Internet http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=119011&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=785089.

[307] Corte Giust. 19 aprile 2012, causa C-549/10 P, *Tomra e altri/ Commissione*, cit., § 42.

[308] *Id.*, §§ 43-44.

[309] Tribunale UE 9 novembre 2010, causa T-155/06, *Tomra/Commissione*, cit., § 270.

chiarezza l'approccio tradizionale, fondato sulla presunzione d'illiceità della pratica per la sua intrinseca tendenza a fidelizzare i clienti[310].

Dal canto suo, la Commissione ha adottato un atteggiamento ambiguo e non sembra perseguire con la dovuta coerenza la transizione avviata col Discussion Paper e proseguita con gli Orientamenti. La decisione *Intel* è l'emblema della contraddizione in cui versa la politica della concorrenza europea: nel momento stesso in cui inaugurava un approccio più economico e sofisticato, la Commissione si è premurata di ribadire la validità dell'orientamento tradizionale, che ricollega l'illiceità della pratica alla sua mera tendenza a fidelizzare il cliente, di fatto vanificando gli sforzi profusi nel processo di modernizzazione dell'*enforcement* in tema d'abuso. La Commissione si è trincerata dietro un argomento formale, rivendicando di non essere vincolata dagli Orientamenti, perché l'indagine era stata avviata prima della loro adozione. Ciò ha consentito alla Commissione di minimizzare i rischi di annullamento della decisione, ancorandola al più saldo orientamento tradizionale della giurisprudenza europea, che non richiede il soddisfacimento di complessi requisiti di natura economica[311]. Sul piano sostanziale, peraltro, la giustificazione addotta dalla Commissione non dissolve le perplessità per la scelta di rinunciare ad applicare in modo coerente e univoco un approccio economico, del quale essa stessa si era fatta promotrice sin dalla pubblicazione del Discussion Paper nel 2005. La strategia della Commissione impedisce, di fatto, la realizzazione dell'auspicata modernizzazione dell'*enforcement* dell'art. 102 TFUE, che presupporrebbe l'abbandono del tradizionale approccio formalistico e un'applicazione inequivoca e coerente dei nuovi criteri d'analisi[312].

---

[310] La scarsa attenzione delle corti europee nei confronti degli Orientamenti è stata confermata da Corte Giust. 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *Koncurrensverket/TeliaSonera Sverige AB*, cit., che ha reiterato il tradizionale approccio formalistico nei confronti degli abusi per compressione dei margini, ignorando o contraddicendo una serie di indicazioni fornite dagli Orientamenti. Per converso, gli Orientamenti hanno avuto eco nella decisione della Corte di Giustizia nel caso *Post Danmark*, in materia di sconti selettivi, nelle parti riguardanti la rilevanza degli effetti ai fini della prova dell'infrazione e i requisiti per la dimostrazione di prevalenti guadagni d'efficienza: cfr. Corte Giust. 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark A/S/Konkurrencerådet*, cit., su cui v. *infra*, cap. IV.

[311] La strategia della Commissione, fondata sull'utilizzo di due diverse linee argomentantive, ciascuna delle quali ritenuta sufficiente a garantire il risultato avuto di mira, è stata paragonata all'uso congiunto di cintura e bretelle: cfr. F. LOUIS, *Exclusionary Rebates: An EU Lack of Progress Report*, 2010, disponibile sul sito Internet http://www.law360.com/competition/articles/152802/exclusionary-rebates-an-eu-lack-of-progress-report; per una difesa dell'operato della Commissione, che combinerebbe gli insegnamenti tradizionali della giurisprudenza europea con un'analisi basata sugli effetti, cfr. N. BANASEVIC-P. HELLTRÖM, *op. cit.*

[312] Cfr. M. D'OSTUNI, *op. cit.*

In *Tomra*, la Corte di Giustizia ha ritenuto che gli Orientamenti fossero irrilevanti in quanto successivi alla decisione contestata[313], lasciando intendere che essa potrebbe avallare un approccio più economico della Commissione nei casi futuri. Tuttavia, gli Orientamenti restano pur sempre, sul piano formale, uno strumento di *soft law* che detta linee guida per l'esercizio della discrezionalità della Commissione nell'individuazione dei casi da perseguire, senza vincolare quest'ultima a osservare determinati criteri sostanziali di valutazione, né creare, a rigore, un legittimo affidamento per le imprese[314]. Infatti, la Commissione deve necessariamente muoversi nel quadro dell'art. 102 TFUE, quale interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia[315], che gli Orientamenti dichiarano espressamente di non pregiudicare. *A fortiori*, gli Orientamenti non vincolano i giudici e le autorità antitrust nazionali, che non li hanno adottati e sono tenuti ad applicare le regole di concorrenza europee in conformità all'interpretazione datane dalla Corte di Giustizia[316].

Il processo di transizione verso un approccio economico nell'apprezzamento delle politiche di sconti è ancora lungo e tortuoso. Il superamento dei principî consolidati ereditati dall'elaborazione pretoria sviluppatasi negli anni passati dovrà necessariamente passare attraverso un progressivo affinamento dell'analisi nella prassi decisionale della Commissione

---

[313] Cfr. Corte di Giustizia 19 aprile 2012, causa C-549/10 P, *Tomra e altri/ Commissione*, cit., § 81.

[314] Cfr. M. D'OSTUNI, *op. cit.*; peraltro, nel senso che, a seguito dell'adozione degli Orientamenti, la Commissione non sarebbe completamente libera di reiterare il tradizionale approccio formalistico, cfr. N. PETIT, *From Formalism to Effects? The Commission's Communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC*, cit.

[315] Cfr. conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott del 23 febbraio 2006, causa C-9505 P, *British Airways/Commissione*, cit., § 28.

[316] La veste formale degli Orientamenti potrebbe anzi indurre a ritenere che essi deleghino alle autorità e alle corti nazionali l'applicazione dell'art. 102 TFUE alle condotte che non rientrano tra le priorità della Commissione, col rischio di pregiudicare la certezza del diritto e l'uniforme applicazione della disciplina antimonopolitica europea: cfr. M. D'OSTUNI, *op. cit.* Pur riconoscendo che le istituzioni amministrative e giudiziarie nazionali non sono tenute a seguire gli Orientamenti, la Commissione ha ricordato che questi ultimi sono stati condivisi con le autorità antitrust degli Stati membri, con le quali vi era un diffuso consenso su buona parte dei temi trattati: cfr. Memo/08/761 del 3 dicembre 2008, *Antitrust: Guidance on Commission enforcement priorities in applying Article 82 to exclusionary conduct by dominant firms – frequently asked questions*, cit. Tuttavia, non vi è alcuna garanzia di uniforme applicazione dei nuovi criteri di analisi. Nel recente caso *Bring City Mail*, ad esempio, la Market Court svedese ha ritenuto che non fosse necessario applicare il test del concorrente altrettanto efficiente delineato dagli Orientamenti per valutare la politica di sconti fidelizzanti attuata dall'*incumbent* del settore postale: cfr. Market Court 8 giugno 2011, 2011:14, *Bring City Mail Sweden v Posten Maddelande AB*.

e, successivamente, l'avallo delle corti europee[317]. Una reale evoluzione nel trattamento degli sconti fidelizzanti, che possa avere uniforme e coerente seguito nella prassi degli Stati membri, richiede non soltanto l'abbandono dell'atteggiamento cauto e ambiguo con cui la Commissione ha gestito i casi *Tomra* e *Intel*, ma anche un innalzamento dello standard probatorio richiesto dalla giurisprudenza delle corti europee, che consenta di ritenere superati i consolidati principî scolpiti in una lunga sequenza di pronunzie, che vanno da *Hoffmann-La Roche* a *Tomra*.

5. Gli sconti fedeltà e *target* incrementali nella prassi antitrust europea

Pur avendo un minor potenziale fidelizzante ed escludente rispetto agli incentivi di carattere retroattivo, gli sconti fidelizzanti incrementali non sono immuni dalla disciplina antimonopolistica. Analogamente agli sconti fidelizzanti retroattivi, gli sconti incrementali sono stati censurati dalle istituzioni europee non soltanto per i possibili effetti escludenti, ma anche per il loro carattere discriminatorio.

5.1. Gli effetti fidelizzanti ed escludenti

La prassi europea in tema di sconti fedeltà e *target* incrementali è relativamente poco sviluppata. La Commissione s'è occupata di una particolare forma di sconti fidelizzanti di carattere incrementale in due decisioni parallele, rese nel 1990 nei casi *Solvay* e *ICI*[318]. Le due imprese produttrici di carbonato di sodio avevano praticato un prezzo normale per il fabbisogno base che apparentemente i clienti avrebbero acquistato in ogni caso dalle stesse, ma avevano offerto sostanziali sconti sulle quantità eccedenti, che gli acquirenti avrebbero potuto ottenere da fornitori concorrenti (sconti sul tonnellaggio marginale, o *top slice rebates*)[319].

In particolare, in *ICI*, l'offerta di *top slice rebates* era strutturata in modo da ridurre il prezzo netto del tonnellaggio marginale al di sotto del prezzo minimo che alcuni fornitori statunitensi, principali antagonisti dell'operatore

[317] Nel senso che, per promuovere un'effettiva modernizzazione dell'*enforcement* in tema d'abuso, la Commissione dovrebbe adottare decisioni coerenti con gli Orientamenti, in modo da stimolare una riflessione delle corti europee e, auspicabilmente, far evolvere la giurisprudenza, cfr. M. D'OSTUNI, *op. cit.*

[318] Commissione 19 dicembre 1990, caso IV/33.133-C, *Carbonato di sodio - Solvay*, cit., e 19 dicembre 1990, caso IV/33.133-D, *Carbonato di sodio - ICI*, G.U. L 152/40 (1991).

[319] In entrambi i casi, il produttore aveva effettuato stime del fabbisogno dei propri clienti, onde determinare il quantitativo base oltre il quale concedere sconti particolari per assicurarsi la fedeltà del cliente.

egemone, erano tenuti a praticare in virtù di impegni assunti nell'ambito di un procedimento *anti-dumping*[320].

In *Solvay*, invece, l'impresa dominante aveva offerto un normale sconto quantitativo per il fabbisogno base, uno sconto maggiore sul tonnellaggio marginale e, in aggiunta, un sostanziale pagamento legato alla fedeltà del cliente. Ad avviso della Commissione, per sottrarre all'impresa dominante il tonnellaggio marginale, un fornitore concorrente avrebbe dovuto offrire un prezzo sostanzialmente non remunerativo, in quanto avrebbe dovuto compensare il cliente per la perdita degli sconti e dei premi concessi dall'impresa dominante, distribuendo il relativo onere finanziario soltanto sull'ultima frazione del fabbisogno dell'acquirente[321]. Pertanto, il sistema di sconti progressivi rendeva impossibile o, comunque, estremamente difficile divenire il secondo fornitore del cliente, contribuendo al mantenimento della posizione dominante dell'impresa interessata e alla rigidità strutturale del mercato[322].

5.2. Il carattere discriminatorio

A tenore della giurisprudenza delle corti UE, i sistemi di sconti incrementali basati su soglie standardizzate possono essere incompatibili con l'art. 102, lett. *c)*, TFUE, quando siano strutturati, in concreto, in modo da favorire ingiustificatamente determinati acquirenti. In *Repubblica portoghese*[323], infatti, la Corte di Giustizia ha ritenuto che la politica tariffaria attuata dal gestore della navigazione aerea e degli aeroporti portoghesi fosse illecita, ai sensi del combinato disposto degli articoli 102 e 106 TFUE, in quanto gli sconti favorivano, di fatto, gli operatori nazionali, in assenza di una giustificazione oggettiva basata su risparmi di costo verificabili.

Il sistema tariffario interessato era stato istituito in forza di una normativa nazionale che prevedeva, *inter alia*, riduzioni percentuali crescenti delle tasse aeroportuali corrisposte dalle compagnie aeree, in funzione del numero di atterraggi mensili. Gli sconti, applicati in modo non retroattivo, erano standardizzati e aperti a tutte le compagnie aeree, ma avvantaggiavano, di fatto, due vettori portoghesi, che beneficiavano di un tasso medio di riduzione

---

[320] Commissione 19 dicembre 1990, caso IV/33.133-D, *Carbonato di sodio - ICI*, cit.

[321] Commissione 19 dicembre 1990, caso IV/33.133-C, *Carbonato di sodio - Solvay*, cit., §§ 16-18.

[322] *Id.*, §§ 51-54.

[323] Corte Giust. 29 marzo 2001, causa C-163/99, *Repubblica portoghese/Commissione*, in *Raccolta*, 2001, I-02613.

notevolmente più elevato di quello riconosciuto agli operatori degli altri stati membri, in ragione del maggior traffico realizzato in Portogallo.

La Commissione ha ritenuto che il sistema fosse abusivo perché imponeva alle compagnie aeree condizioni dissimili per prestazioni sostanzialmente equivalenti, favorendo alcune società portoghesi e procurando uno svantaggio concorrenziale ai vettori degli altri Stati membri[324]. In sede d'impugnazione, pur ammettendo, in linea di principio, che l'impresa dominante può concedere ai suoi clienti sconti che dipendono soltanto dal volume degli acquisti, la Corte di Giustizia ha affermato che le modalità di calcolo delle riduzioni di prezzo non devono tradursi, in concreto, nell'applicazione, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti. Il giudice europeo ha riconosciuto come, in un sistema di sconti quantitativi, i maggiori acquirenti o utilizzatori possano beneficiare di tassi medi di riduzione superiori a quelli praticati ai clienti minori, senza che ciò si traduca, di per sé, in una discriminazione vietata dall'art. 102 TFUE[325]. Tuttavia, secondo la Corte, strutturare un sistema di sconti in modo da riservare maggiori benefici a determinate controparti commerciali, conferendo loro un vantaggio economico non giustificato dal volume d'affari e dalle eventuali economie di scala che essi consentono di realizzare, costituisce una forma di discriminazione vietata dall'art. 102 TFUE[326].

La sentenza resa dalla Corte di Giustizia in *Repubblica portoghese* si presta a due possibili letture. Secondo un'interpretazione restrittiva, la pronunzia, dettata dall'intento di evitare che gli ordinamenti degli Stati membri riconoscano un trattamento preferenziale alle imprese nazionali, contravvenendo agli ideali su cui poggia il processo d'integrazione europea, deve ritenersi difficilmente estendibile al di fuori del contesto della tutela del mercato comune[327]. In tale ottica, la sentenza *Repubblica portoghese*

---

[324] Commissione 10 febbraio 1999, caso IV/35.703, *Aeroporti portoghesi*, G.U. L 69/31 (1999).

[325] Cfr. Corte Giust. 29 marzo 2001, causa C-163/99, *Repubblica portoghese/Commissione*, cit., § 51.

[326] Ad avviso del giudice europeo, in mancanza di giustificazioni oggettive, possono rappresentare indizi di un comportamento discriminatorio la previsione di soglie elevate raggiungibili esclusivamente da alcune controparti commerciali particolarmente importanti per l'impresa dominante, o un aumento non lineare dei tassi di riduzione al crescere delle quantità: v. Corte Giust. 29 marzo 2001, causa C-163/99, *Repubblica portoghese/Commissione*, cit., § 53. Nella specie, lo Stato membro non aveva chiarito per quali ragioni la progressione dei tassi di riduzione non fosse lineare, bensì sensibilmente maggiore in corrispondenza dell'ultimo scaglione di riferimento, cui accedevano i vettori nazionali.

[327] Nel senso che, nel diritto europeo della concorrenza, la discriminazione è rilevante principalmente ove sia basata sulla nazionalità dei clienti, cfr. J. TEMPLE LANG-R. O'DONOGHUE, *op. cit.*

rifletterebbe una delle consuete deviazioni cagionate dall'interferenza di obiettivi di natura politica. Per converso, una lettura estensiva della pronunzia della Corte potrebbe indurre a ritenere che, pur prevedendo scaglioni standardizzati ed essendo aperto a tutte le imprese, un sistema di sconti quantitativi possa esser discriminatorio ogniqualvolta, in concreto, sia fatto su misura, ossia strutturato in modo da favorire ingiustificatamente determinati clienti di maggiori dimensioni, anche per ragioni diverse dalla nazionalità. Interpretata in questi termini, la pronunzia potrebbe aprire il varco per una serie di contestazioni dei clienti minori, incapaci di raggiungere i volumi necessari a beneficiare delle aliquote di sconto più elevate. Peraltro, è dubbio che, in assenza della prova di un intento e di effetti protezionistici, le istituzioni europee siano propense a censurare una politica di sconti quantitativi, aperti a tutte le imprese e privi di effetti fidelizzanti, per il solo fatto che, non riflettendo economie di scala o, comunque, minori costi, il sistema potrebbe avere riflessi discriminatori.

5.3. Il Discussion Paper e gli Orientamenti

Nel Discussion Paper e nei successivi Orientamenti, la Commissione ha fornito alcuni chiarimenti circa il trattamento degli sconti incrementali. In linea con quanto previsto in materia di accordi d'acquisto esclusivo e sconti retroattivi, la probabilità di effetti anticompetitivi è ritenuta più elevata ove le imprese rivali non siano in grado di competere in condizioni di parità per l'intero fabbisogno del cliente: in simili ipotesi, l'operatore dominante potrebbe fissare la soglia in corrispondenza dei quantitativi che sarebbero comunque forniti dallo stesso, in modo da indurre i clienti ad acquistare ulteriori unità, continuando a incamerare profitti monopolistici sulle vendite inframarginali[328].

Ciò posto, gli Orientamenti precisano che, per accertare se la pratica sia atta a escludere o limitare la capacità competitiva di rivali altrettanto efficienti, è necessario verificare se il prezzo effettivo praticato per la parte rilevante sia inferiore a un'appropriata misura dei costi[329]. Gli Orientamenti aggiungono che la parte rilevante dovrebbe coincidere, di norma, con le unità incrementali per le quali è concesso lo sconto, nel presupposto che la soglia fissata dall'impresa dominante corrisponda al quantitativo che sarebbe comunque fornito dalla stessa. In tal caso, la questione è essenzialmente se il prezzo scontato delle unità incrementali consente di coprire i costi.

---

[328] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 39; *DG Competition discussion paper*, cit., §§ 173.

[329] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., §§ 41-42.

In molti casi, peraltro, la soglia fissata dall'impresa dominante potrebbe non corrispondere esattamente alla quota non contendibile della domanda del cliente. La corrispondenza tra l'obiettivo fissato dall'impresa dominante e la parte monopolizzata della domanda dei clienti è ancor meno probabile nel caso di sistemi di sconti basati su una soglia standardizzata. Se la porzione contendibile del fabbisogno del cliente è più ampia della quota della domanda cui è applicato lo sconto, un concorrente altrettanto efficiente potrebbe essere in grado di competere anche qualora il prezzo scontato delle unità incrementali sia inferiore al livello dei costi. Infatti, il concorrente potrebbe essere in grado di formulare un'offerta competitiva distribuendo lo sconto complessivo concesso dall'impresa dominante su una porzione del fabbisogno del cliente più ampia delle sole unità incrementali. La parte rilevante dovrebbe coincidere, in linea di principio, con l'intera porzione contendibile del fabbisogno del cliente, a meno che le particolari circostanze del caso di specie inducano a ritenere che le imprese rivali siano in grado di competere soltanto per quote minori della domanda degli acquirenti.

5.4. Il caso Velux *e la sentenza* Solvay

La Commissione ha testato l'approccio descritto negli Orientamenti nel caso *Velux*, aperto d'ufficio nell'aprile 2007 e chiuso, dopo indagini durate un anno e mezzo, per l'assenza di elementi di prova di un illecito concorrenziale[330]. Nella specie, l'impresa egemone aveva introdotto un sistema di sconti incrementali crescenti, basati su una griglia di obiettivi sostanzialmente uguali per tutti i distributori. Il tasso di sconto aumentava da uno scaglione all'altro in misura modesta (nell'ordine dello 0,2-0,5%), sino a raggiungere al massimo il 5%. La Commissione ha ritenuto che, considerati i margini del settore, anche lo sconto massimo non fosse tale da escludere un concorrente altrettanto efficiente.

Tuttavia, i segnali di apertura provenienti dalla prassi della Commissione si contrappongono all'atteggiamento intransigente della giurisprudenza, ancora legata a un'applicazione meccanica dei principî tradizionali. Nella sentenza *Solvay*[331], emessa alcuni mesi dopo l'adozione degli Orientamenti, il Tribunale UE ha ribadito l'illiceità degli sconti incrementali, che sono stati analizzati alla stregua delle altre politiche di prezzo di carattere fidelizzante, ritenute illecite per la loro mera tendenza a scoraggiare la

[330] Caso COMP/39451, *Velux*. Il caso è illustrato nella *Competition Policy Newsletter* della Commissione (cfr. S. ALBAEK-A. CLAICI, *op. cit.*) ed è discusso anche da B. BATCHELOR-K.H. JEBELLI, *Rebates in a State of Velux: Filling in the Gaps in the Article 102 TFEU Enforcement Guidelines*, in *European Competition Law Review*, 2011, 545.

[331] Trib. UE 17 dicembre 2009, causa T-57/01, *Solvay/Commissione*, cit.

differenziazione delle fonti d'approvvigionamento e ostacolare l'accesso dei rivali alla clientela.

Nella specie, l'impresa dominante nel mercato del carbonato di sodio aveva sostenuto che gli sconti sui volumi al di sopra delle soglie (il tonnellaggio marginale) fossero giustificati dalle peculiarità del settore merceologico, caratterizzato da alti costi fissi e ridotti costi variabili. Siccome i costi fissi erano ripartiti, a inizio anno, sui quantitativi che i clienti s'impegnavano ad acquistare, i volumi supplementari potevano essere forniti a prezzi inferiori senza incorrere in perdite. Inoltre, ad avviso dell'impresa egemone, la Commissione aveva erroneamente assunto che i rivali potessero competere soltanto per i tonnellaggi marginali, laddove essi erano, in realtà, in grado di proporsi come fornitore per quantitativi superiori o addirittura per l'intero fabbisogno dei clienti.

Gli argomenti dell'impresa dominante sollevavano delicati interrogativi circa la razionalità economica della condotta contestata e l'effettiva possibilità di rispondere alle offerte dell'impresa egemone. Tuttavia, il Tribunale ha rigettato le censure proposte, limitandosi a rilevare che: (i) per essere giustificati sul piano economico, gli sconti devono riflettere in modo oggettivo le efficienze realizzate, crescendo in misura proporzionata ai risparmi di costo resi possibili dai quantitativi acquistati[332]; e (ii) per effetto dei diversi sconti previsti, il prezzo offerto per i tonnellaggi marginali era molto inferiore a quello medio pagato per i quantitativi base e appariva difficilmente replicabile da parte dei concorrenti[333]. In assenza di una stretta rispondenza a risparmi di costo, gli sconti offerti dall'impresa dominante sono stati ritenuti illeciti, altresì, per il loro carattere discriminatorio, indipendentemente dalla portata degli effetti distorsivi nei mercati a valle[334].

6. Le possibili giustificazioni oggettive per l'utilizzo degli sconti fidelizzanti

6.1. La prassi decisionale e la giurisprudenza anteriori al processo di revisione dell'applicazione dell'art. 102 TFUE

Nel diritto antitrust europeo, fornire la prova di un plausibile *business rationale*, che possa giustificare l'adozione di politiche di sconti di carattere fidelizzante, è compito oltremodo arduo. La politica della concorrenza europea in tema di sconti è stata tradizionalmente incentrata su una *form-based*

[332] *Id.*, 329-331.

[333] *Id.*, 332-333.

[334] *Id.*, §§ 393-401.

(illegality) rule, che sembra ammettere un'unica via di fuga sicura: per essere al riparo dagli strali dell'antitrust, gli sconti praticati da imprese dominanti devono riflettere economie di scala o, comunque, risparmi di costo[335]. Questi ultimi sono stati presi in considerazione, più che come causa di giustificazione di una condotta altrimenti abusiva, quale fattore che consente di distinguere le politiche di prezzo anticompetitive dalle legittime forme di concorrenza fondata sulle prestazioni: secondo tale impostazione, un'impresa dominante può trasferire eventuali efficienze ai propri clienti, ma non le è consentito limitare la loro libertà di scelta, mediante la concessione di vantaggi privi di giustificazione sul piano economico.

In tale prospettiva, gli sconti fedeltà e *target* non sono stati ritenuti giustificati da economie di scala, perché non sono legati a quantitativi oggettivi, bensì dipendono da raggiungimento di obiettivi individuali, volti ad assicurare all'impresa dominante la totalità o, comunque, un'elevata percentuale del fabbisogno del cliente. Ne discende che, raggiungendo le soglie di fatturato prefissate, acquirenti di dimensioni ridotte possono beneficiare di sconti superiori a quelli riconosciuti a clienti che acquistino volumi più elevati, ma non dimostrino analoga fedeltà[336].

La questione è venuta in rilievo, in particolare, nel caso *British Airways*. La compagnia di bandiera britannica aveva dimostrato che l'aumento delle vendite reso possibile dai sistemi di commissioni aggiuntive consentiva d'incrementare i tassi di riempimento degli apparecchi e, per tale via, realizzare risparmi di costo. Ciò nonostante, la Commissione ha ritenuto che gli incentivi non fossero giustificati, perché erano privi di una relazione diretta coi risparmi di costo: posto che i vantaggi riconosciuti da British Airways non erano condizionati alla vendita di quantitativi oggettivi, bensì al raggiungimento di *target* individuali, le commissioni ad aliquota maggiorata, applicate retroattivamente a tutti i biglietti venduti, non riflettevano esattamente il contributo dei diversi agenti alla realizzazione delle economie di scala[337].

---

[335] Cfr., *inter alia*, Corte Giust. 29 marzo 2001, causa C-163/99, *Repubblica portoghese/Commissione*, cit.; Trib. UE 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin/Commissione*, cit.; Commissione 20 giugno 2001, caso COMP/E-2/36.041/PO, *Michelin*, cit.; 14 maggio 1997, caso IV/34.621, 35.059/F-3, *Irish Sugar*, cit.

[336] Cfr., *inter alia*, Commissione 19 dicembre 1990, caso IV/33.133-C, *Carbonato di sodio - Solvay*, cit., § 54; Commissione 19 dicembre 1990, caso IV/33.133-D, *Carbonato di sodio - ICI*, cit., §§ 56 e 62. In entrambe le decisioni, la Commissione ha disposto che qualsiasi nuovo sistema di sconti applicato dall'impresa egemone dovesse limitarsi a riflettere, in modo equo e obiettivo, i risparmi di costo risultanti da ordini d'ingente ammontare.

[337] Cfr. Commissione 14 luglio 1999, caso IV/D-2/34.780, *Virgin/British Airways*, cit., § 102. Le valutazioni della Commissione sono state avallate dal Tribunale UE, in considerazione della mancanza di una relazione obiettiva tra le economie derivanti dal maggior grado di riempimento

In linea con l'orientamento tradizionale delle istituzioni europee, l'Autorità ha ritenuto, in più occasioni, che i sistemi di incentivi basati su obiettivi individuali non siano giustificati da guadagni d'efficienza, contrariamente agli sconti quantitativi accordati su singoli ordini d'ingente ammontare in funzione dei risparmi di costo realizzati dal fornitore[338].

Alcune ulteriori possibili giustificazioni oggettive avanzate dalle imprese interessate non hanno avuto miglior sorte. Le corti europee hanno ritenuto che la limitazione della libertà d'azione dei rivenditori non fosse giustificata dall'esigenza di garantire una miglior pianificazione della produzione[339], arginare importazioni che destabilizzavano il mercato nazionale, ponendo a repentaglio la regolarità e l'affidabilità delle forniture[340], incentivare gli sforzi promozionali dei distributori[341], o remunerare l'assunzione di un impegno dello star del credere[342]. In Italia, in *Enel Trade*, l'Autorità ha rigettato la difesa secondo cui la condotta commerciale contestata era giustificata dall'esigenza di garantire la stabilità della domanda, onde minimizzare i rischi legati agli impegni di natura *take or pay* assunti dalla società fornitrice per approvvigionarsi di energia[343]. In *Telecom*, l'Autorità non ha attribuito rilievo all'influenza di alcuni clienti aziendali di grandi dimensioni sulla definizione delle condizioni contrattuali considerate abusive. In sede d'impugnazione, il Tar ha ritenuto che l'*iter* valutativo del provvedimento fosse viziato, *inter alia*, perché l'Autorità non aveva tenuto adeguatamente conto del potere negoziale della grande clientela aziendale, erroneamente assimilata alla normale utenza

---

degli apparecchi e le commissioni aggiuntive corrisposte agli agenti. Cfr. Trib. UE 17 dicembre 2003, causa T-219/99, *British Airways/Commissione*, cit., §§ 279-292.

[338] Cfr. Autorità 7 dicembre 1999, n. 7804 (A224), *Pepsico Foods and Beverages International-IBG Sud/Coca Cola Italia*, cit., §§ 179, 260, 269; v. anche Autorità 9 febbraio 1995, n. 2793 (A76), *Tekal/Italcementi*, cit., § VI.ii.

[339] Corte Giust. 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin/Commissione*, cit., § 85.

[340] Trib. UE 1 aprile 1993, causa T-65/89, *BPB Industries e British Gypsum/Commissione*, cit., § 58.

[341] *Id.*, § 71.

[342] Corte Giust. 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, cit., § 96.

[343] Autorità 27 novembre 2003, n. 12634 (A333), *Enel Trade-Clienti Idonei*, cit. Sul punto, l'Autorità ha rilevato, *inter alia*, che: (i) i contratti *take or pay* prevedevano elementi di flessibilità e avevano durata anche infrannuale; (ii) l'*incumbent* avrebbe potuto reperire, comunque, una collocazione alternativa per l'energia eventualmente non assorbita dai clienti interessati; (iii) il contratto standard utilizzato nei rapporti coi clienti disciplinava l'ipotesi di un'eventuale contrazione dei volumi acquistati, prevedendo una revisione delle condizioni di prezzo, che era meno penalizzante per la clientela e prescindeva dalle cause di riduzione dei consumi; e (iv) il meccanismo delle maggiorazioni di prezzo non appariva, comunque, strumento idoneo a coprire il presunto rischio volume. *Id.*, §§ 234-242.

business[344]. Tuttavia, la pronunzia del Tar è stata riformata, *in parte qua*, dal Consiglio di Stato, ad avviso del quale il potere negoziale dei clienti di maggiori dimensioni non costituiva una causa eliminativa dell'abuso, bensì un fattore concausale rafforzativo dello stesso[345].

Per anni è sembrato che, nel diritto europeo della concorrenza, gli sconti quantitativi godessero di un trattamento preferenziale, in quanto ritenuti leciti virtualmente *per se*, nel presupposto che la riduzione di prezzo si limitasse a trasferire ai clienti i guadagni d'efficienza[346]. Tuttavia, le pronunzie delle corti europee nei casi *Repubblica portoghese* e *Michelin II* hanno chiarito che la pratica non è affatto *antitrust immune*: dismessa qualsivoglia presunzione di liceità, le citate sentenze dei giudici europei hanno gravato l'impresa dominante dell'onere di dimostrare la rispondenza degli sconti a efficienze rese possibili da ordinativi d'ingente ammontare, per scriminare un sistema di carattere fidelizzante[347], o sottrarsi all'accusa d'aver attuato un'illecita discriminazione tra gli acquirenti, praticando condizioni dissimili in assenza di una giustificazione economica[348].

In particolare, in *Repubblica portoghese*, la Corte ha ritenuto che il sistema di sconti quantitativi attuato dal gestore della navigazione aerea e degli aeroporti portoghesi fosse discriminatorio, perché i tassi di riduzione delle

---

[344] Ad avviso del giudice amministrativo, l'Autorità non poteva ignorare che i grandi clienti dettavano le regole della negoziazione – mediante vere e proprie gare o avvalendosi dell'intermediazione di società di consulenza – e avevano un ruolo determinante nella definizione del contenuto del contratto, ivi incluse le clausole tacciate d'illiceità: cfr. Tar Lazio, sez. I, 22 febbraio 2005, cit.

[345] Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271, cit., § 12.6.6. Sul punto, il Consiglio di Stato ha rilevato che: (i) alcune clausole contrattuali contestate dall'autorità non erano favorevoli alla grande clientela aziendale, sicché il potere negoziale di tali clienti non appariva sufficiente a controbilanciare pienamente la posizione dominante del fornitore; (ii) le notevoli dimensioni della grande clientela aziendale non attenuavano la responsabilità dell'*incumbent*, bensì la aggravavano, perché implicavano la sottrazione di significativi volumi d'affari ai concorrenti; e (iii) in ogni caso, il fatto che talune condizioni fossero volute o addirittura imposte dai grandi clienti induceva a ritenere sussistente, al più, un concorso di questi ultimi nell'abuso posto in essere dall'impresa egemone.

[346] Commissione 14 maggio 1997, caso IV/34.621, 35.059/F-3, *Irish Sugar*, cit. In *Irish Sugar*, la Commissione ha definito gli sconti quantitativi come quelli «normalmente accordati su singole ordinazioni (non connesse agli acquisti effettuati dal cliente su un determinato arco di tempo) in cambio delle economie di costo realizzate dal fornitore», aggiungendo che «[n]on è questo il caso degli sconti concessi da Irish Sugar a certi clienti, che si basavano su singoli obiettivi settimanali, mensili o annuali» (§ 153). Tuttavia, negli anni seguenti, la Commissione e il Tribunale UE hanno lasciato aperta la possibilità di dimostrare che siano giustificati sul piano economico anche sconti legati a una serie di acquisti realizzati in un determinato arco temporale.

[347] Trib. UE 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin/Commissione*, cit.

[348] Corte Giust. 29 marzo 2001, causa C-163/99, *Repubblica portoghese/Commissione*, cit.

tariffe aumentavano in misura considerevole in corrispondenza dell'ultimo scaglione, cui potevano accedere soltanto determinati operatori nazionali, in assenza di risparmi di costo che giustificassero tale andamento[349]. In *Michelin II*, la Commissione ha ribadito che gli sconti devono corrispondere a economie di scala realizzate in virtù di acquisti addizionali, con onere della prova a carico dell'impresa dominante[350]. Nel giudizio d'impugnazione, pur ammettendo che il fine di ogni forma di concorrenza sui prezzi è indurre il cliente a rifornirsi presso lo stesso fornitore, il Tribunale UE ha sottolineato che la speciale responsabilità gravante sull'impresa dominante le impedisce di avvalersi di strategie commerciali non inquadrabili nel paradigma della *competition on the merits*, quale sarebbe la concessione di un beneficio finanziario privo di giustificazione sul piano economico[351].

6.2. I limiti dell'orientamento tradizionale

L'orientamento tradizionale delle istituzioni europee e nazionali si fonda sull'assunto secondo cui gli sconti concessi da un'impresa dominante possono essere giustificati sul piano economico soltanto allorché si traducano, di fatto, in una forma di concorrenza basata sulle *performance*, in quanto riflettono economie di scala o, comunque, risparmi di costo resi possibili dal raggiungimento di soglie di fatturato standardizzate. Oltre a trascurare i possibili guadagni d'efficienza diversi dalla riduzione dei costi di produzione e distribuzione, quali la prevenzione di fenomeni di *free-riding*, la risoluzione di problemi di doppia marginalizzazione e la protezione di investimenti

---

[349] Ad avviso della Corte, per essere lecito, il beneficio accordato agli acquirenti deve essere «giustificato dal volume d'affari da essi apportato e dalle eventuali economie di scala che essi consentono di realizzare al fornitore». *Id.*, § 52.

[350] Cfr. Commissione 20 giugno 2001, caso COMP/E-2/36.041/PO, *Michelin*, cit., § 216.

[351] Trib. UE 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin/Commissione*, cit., § 100. Nella specie, l'impresa egemone non aveva fornito informazioni specifiche in merito ai risparmi di costo, né illustrato le motivazioni economiche su cui si fondava la scelta dei tassi di sconto per i diversi scaglioni: *id.*, §§ 107-110. Nel testo in lingua inglese, le sentenze *Repubblica portoghese* e *Michelin II* sembrerebbero ammettere anche la liceità di sconti intesi a remunerare attività che promuovono le vendite, là dove affermano che il vantaggio concesso ai rivenditori deve essere «*justified by the volume of business they bring or by any economies of scale they allow the supplier to make*»: Corte Giust. 29 marzo 2001, causa C-163/99, *Repubblica portoghese/Commissione*, cit., § 52; Trib. UE 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin/Commissione*, cit., § 100 (sottolineatura aggiunta). Peraltro, l'uso della congiunzione "e" in luogo di "o" nei testi nella lingua ufficiale di causa (rispettivamente, il portoghese e il francese), oltre che in italiano, lascia intendere che l'incremento delle vendite debba essere preso in considerazione soltanto nella misura in cui si traduca in un abbattimento dei costi unitari.

specifici[352], siffatto approccio sacrifica il ruolo degli sconti quale leva concorrenziale, atta a destabilizzare equilibri collusivi e fenomeni di ristagno oligopolistico, sull'altare di un'interpretazione restrittiva del concetto di *competition on the merits*.

L'idea che gli sconti praticati da un'impresa dominante siano giustificati soltanto allorché riflettano risparmi di costo resi possibili da ordini di ingenti quantitativi tradisce una visione *naif* dell'agone concorrenziale, secondo cui le imprese dovrebbero competere per ogni singola commessa, giorno per giorno, sulla base dei prezzi e della qualità dei prodotti. Nella realtà, gli operatori economici si confrontano nel corso del tempo, tentando d'instaurare relazioni commerciali durature con la clientela[353]: in siffatto più realistico scenario, gli sconti rappresentano una leva competitiva a disposizione delle imprese per accrescere il volume delle vendite, guadagnarsi la fedeltà dei clienti e indurli a continuare ad approvvigionarsi dal medesimo fornitore[354]. Inoltre, un sistema di sconti fidelizzanti consente di ridurre il prezzo effettivo delle unità marginali senza dover rinunciare agli introiti incamerati tramite le vendite delle unità inframarginali, aumentando gli incentivi a competere vigorosamente per la porzione contendibile della domanda dei clienti[355].

La giustificazione basata sui risparmi di costo è ambigua sul piano concettuale e foriera di problemi applicativi difficilmente sormontabili. Mentre è possibile ipotizzare sconti che riflettano risparmi di costo ricollegabili a singoli ordini d'ingente ammontare[356], la questione è notevolmente più complessa ove i pretesi guadagni d'efficienza siano legati al raggiungimento di un ammontare di vendite prefissato, attraverso una serie di acquisti distribuiti in un determinato arco temporale. Nei mercati con elevati costi fissi (come, ad esempio, gli investimenti in ricerca e sviluppo), la riduzione del costo unitario è funzione dell'ammontare complessivo delle vendite e non di quelle relative a un singolo rapporto contrattuale. In linea teorica, gli sconti dovrebbero rispecchiare, *pro quota*, il contributo dei singoli acquirenti al raggiungimento delle economie di scala, ma sul piano economico è estremamente difficile ancorare i ribassi di prezzo ai risparmi di costo generati dai maggiori volumi realizzati nel periodo di riferimento. In presenza di economie di scala, il prezzo

---

[352] Cfr. *supra*, § 2.3.

[353] Cfr. B. SHER, *Price Discounts and Michelin 2: What Goes Around, Comes Around*, cit.

[354] A tal fine, gli sconti fidelizzanti possono essere meno dispendiosi di altre forme di incentivi e attività promozionali, cui possono far ricorso le imprese nel tentativo d'instaurare relazioni commerciali stabili coi propri clienti: cfr. A. HEIMLER, *op. cit.*

[355] Cfr. H. ZENGER, *op. cit.*

[356] Si pensi, in particolare, agli sconti che rispecchiano minori costi unitari di trasporto, resi possibili da ordini di volumi elevati.

effettivamente pagato dai singoli acquirenti può dipendere da una serie di fattori, quali la natura delle negoziazioni tra le parti[357], la possibilità di discriminare tra clienti con diverse elasticità della domanda e l'ordine – sequenziale o meno – delle contrattazioni[358]. Inoltre, la misura del beneficio è determinata in anticipo, mentre i reali guadagni d'efficienza realizzati dall'impresa dominante sono conoscibili, semmai, soltanto al termine del periodo di riferimento.

Non è tutto. A rigore, la necessità di una stretta correlazione tra efficienze e misura del beneficio implica che, ove le economie di scala tendano a diminuire al crescere della produzione, si dovrebbero ritenere leciti esclusivamente gli sconti basati su un tasso decrescente, che cessano di essere applicati nel momento in cui si verificano diseconomie di scala[359]. Imporre un simile onere sull'impresa dominante sarebbe chiaramente eccessivo: da un lato, l'esatto computo delle economie di scala potrebbe esser effettuato soltanto diversi mesi dopo la fatturazione; dall'altro, l'offerta di sconti che diminuiscono all'aumentare degli acquisti non sembra un'opzione efficace e agevolmente praticabile sul piano commerciale.

Le smagliature testé accennate sollevano il velo sull'ipocrisia dell'approccio tradizionale delle istituzioni europee, che riconosce all'impresa dominante esclusivamente il diritto di trasferire alla clientela fantomatiche efficienze, nonostante un sistema di sconti esattamente correlati ai risparmi di costo derivanti da una serie di ordini, distribuiti lungo un determinato lasso di tempo, non sia, nella maggior parte dei casi, un'opzione realisticamente praticabile. Una simile intransigenza trascura che gli sconti sono, anzitutto, una leva concorrenziale, utilizzata da svariate imprese prive di potere di mercato con finalità non escludenti: in tale prospettiva, imporre all'operatore egemone l'onere di fornire un'analitica giustificazione economica della propria politica commerciale equivale, di fatto, a un invito a competere meno vigorosamente.

6.3. I segnali di apertura contenuti nel Discussion Paper e negli Orientamenti

Il Discussion Paper e i successivi Orientamenti hanno segnato, almeno apparentemente, un cambio di prospettiva. La concessione di sconti è

---

[357] Cfr. A. RASKOVICH, *Pivotal Buyers and Bargaining Position*, in *Journal of Industrial Economics*, 2003, 405.

[358] Cfr. D. RIDYARD, *Article 82 Price Abuses – Towards a More Economic Approach*, in C.D. EHLERMANN-I. ATANASIU (a cura di), *op. cit.*, 441. Sul punto, cfr., altresì, A. MAJUMDAR-S. BISHOP-D. RIDYARD-I. WILLIAMS-U. AKGUN, *op. cit.*, 195-199.

[359] Cfr. C. ROQUES, *op. cit.*

considerata, di per sé, un fattore positivo per la competitività del mercato e i consumatori. Ove ipotetici rivali altrettanto efficienti siano in grado di reagire alla strategia commerciale dell'impresa dominante, la pratica non è più considerata un abuso, indipendentemente dalla rispondenza degli sconti a eventuali risparmi di costo. Nel sistema delineato dagli Orientamenti, i possibili guadagni d'efficienza non dovrebbero più costituire un requisito per l'inquadramento della pratica nel paradigma della concorrenza fondata sulle prestazioni, bensì dovrebbero assumere rilievo, eventualmente, in un secondo momento, come causa di giustificazione di una condotta altrimenti illecita, a condizione che siano soddisfatte le condizioni individuate dalla Commissione sulla falsariga dell'art. 101, par. 3, TFUE.

In base all'approccio elaborato dalla Commissione negli Orientamenti, quindi, le imprese dominanti non dovrebbero più avere l'onere di dimostrare analiticamente una (tendenziale) rispondenza degli sconti a eventuali risparmi di costo, onde ricondurre la pratica nell'alveo di una nozione restrittiva di *competition on the merits*: ciò che rileva è che la pratica dia origine a effettivi guadagni d'efficienza e questi ultimi si traducano in vantaggi per i consumatori tali da compensare gli svantaggi derivanti dall'eventuale riduzione del grado di concorrenza.

Negli Orientamenti, la Commissione ha riconosciuto che la concessione di sconti fidelizzanti può essere giustificata da vantaggi in termini di costo o dall'esigenza di fornire ai rivenditori maggiori incentivi a espandere le vendite[360], anche per risolvere eventuali problemi di doppia marginalizzazione sollevati dall'intermediazione di distributori dotati di un significativo potere di mercato[361]. Tuttavia, gli Orientamenti tradiscono una persistente diffidenza nei confronti degli sconti *target* e fedeltà retroattivi, a fronte di una maggior apertura verso gli sconti quantitativi e incrementali. Ad avviso della Commissione, infatti, rispetto ad altre forme di incentivi, i sistemi di sconti basati su quantitativi oggettivi avrebbero maggiori possibilità d'essere giustificati da risparmi di costo[362], mentre gli sconti incrementali avrebbero più elevate probabilità d'essere utilizzati per promuovere gli sforzi di vendita dei distributori[363].

---

[360] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 46.

[361] In tal senso sembra deporre una lettura congiunta degli Orientamenti e del Discussion Paper: cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 46; *DG Competition discussion paper*, cit., § 174.

[362] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 46; *DG Competition discussion paper*, cit., § 173.

[363] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 46; *DG Competition discussion paper*, cit., § 174.

Gli Orientamenti chiariscono altresì che, analogamente a un espresso vincolo d'esclusiva, l'impiego di sconti fidelizzanti potrebbe essere giustificato sul piano economico ove sia necessario a rassicurare un fornitore circa l'effettivo recupero degli investimenti specifici sostenuti per soddisfare le esigenze di uno o più clienti determinati[364].

Il *favor* riservato agli sconti quantitativi e incrementali negli Orientamenti è motivato dal minor potenziale fidelizzante ed escludente di tali pratiche. La Commissione sembra ritenere che, di norma, un sistema di sconti fedeltà o *target* retroattivi non soddisfi il requisito dell'indispensabilità della restrizione per la realizzazione delle efficienze[365], posto che il medesimo risultato potrebbe essere raggiunto mediante pratiche dotate di minor potenziale anticompetitivo, quali gli sconti quantitativi e quelli incrementali[366]. In *Intel*, la Commissione ha confermato che, per beneficiare della scriminante, occorre dimostrare non soltanto l'esistenza di efficienze, ma anche l'impossibilità di ricorrere a mezzi alternativi meno restrittivi e la proporzionalità della misura[367]. Nella specie, la Commissione ha ritenuto che l'esigenza di rispondere alla concorrenza sui prezzi esercitata da altri operatori e la realizzazione di efficienze nella produzione e nella commercializzazione dei processori potessero giustificare la concessione di sconti, ma non le condizioni cui questi ultimi erano stati subordinati (ossia, l'approvvigionamento per la totalità o la maggior parte del fabbisogno). Secondo la Commissione, sconti legati a obiettivi che variano per ciascun cliente non rifletterebbero risparmi di costo, mentre maggiori possibilità d'essere giustificati sul piano economico potrebbero avere incentivi basati sul raggiungimento di volumi oggettivi[368].

Oltre ad aver avuto, sinora, limitato impatto sulla prassi decisionale, le caute aperture manifestate dalla Commissione negli Orientamenti non hanno ancora avuto eco nella giurisprudenza, tuttora ancorata all'idea che gli sconti offerti da un'impresa dominante possano essere leciti soltanto quando riflettano in modo oggettivo i risparmi di costo resi possibili dai quantitativi acquistati,

---

[364] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 46. Cfr. anche *DG Competition discussion paper*, cit., § 175, ove la Commissione ha precisato che «[i]*n case future demand is uncertain it may not be possible to require absolute minimum amounts to be purchased, in which case an alternative more adequate measure may be to impose a rebate system or a single branding obligation until the investment is depreciated*».

[365] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 30.

[366] Cfr. *DG Competition discussion paper*, cit., §§ 173-174.

[367] Commissione 13 maggio 2009, caso COMP/37.990, *Intel*, cit., § 1624, ove si rileva che i benefici non dovrebbero essere più che compensati dagli effetti escludenti.

[368] *Id.*, §§ 1620-1621.

fungendo da strumento per il trasferimento delle effecienze ai clienti. In *Solvay*, il Tribunale UE ha addirittura suggerito che, per essere giustificati sul piano economico, gli sconti debbano aumentare in modo graduale e lineare, in funzione dei risparmi di costo ricollegabili ai volumi acquistati[369].

7. Gli sconti fidelizzanti tra esclusione e predatorietà: il dibattito circa la definizione di un appropriato standard di valutazione

L'analisi economica degli sconti fidelizzanti evidenzia come il confine tra tutela della concorrenza e protezione dei rivali possa essere estremamente labile e, a volte, quasi impalpabile. La pratica rappresenta una classica leva concorrenziale, ma può scoraggiare la differenziazione delle fonti d'approvvigionamento, rendendo più difficoltoso l'accesso alla clientela da parte di operatori concorrenti. La questione è stabilire quando le barriere all'accesso o allo sviluppo sollevate dalla pratica siano tanto elevate da giustificare l'intervento antitrust.

Negli Stati Uniti, il timore di soffocare una forma di concorrenza sui prezzi[370], unitamente all'idea che «*rewarding customer loyalty promotes competition on the merits*»[371], ha indotto le corti a sancire una forte di presunzione di liceità degli sconti non predatori. Per contro, le istituzioni europee e italiane hanno tradizionalmente censurato la mera tendenza a fidelizzare la clientela, se non direttamente l'intento escludente, nel presupposto che la speciale responsabilità dell'impresa dominante le imponga di non ostacolare l'accesso dei rivali al mercato.

Negli ultimi anni, l'intensificarsi del dibattito transnazionale circa i limiti di liceità delle condotte unilaterali escludenti ha dato origine a una convergenza nel trattamento delle politiche di sconti fidelizzanti negli Stati Uniti e in Europa. Alcune corti inferiori statunitensi hanno riconosciuto che gli effetti escludenti della pratica potrebbero esser legati non tanto al livello del prezzo finale, quanto alla struttura e al funzionamento del sistema di sconti, nel presupposto che un'impresa dotata di forte potere di mercato possa utilizzare la porzione non contendibile della domanda dei clienti come leva per espandere le proprie vendite, ai danni di concorrenti altrettanto efficienti[372]. Il potenziale escludente della pratica è stato riconosciuto anche nel rapporto del DOJ sulle

---

[369] Trib. UE 17 dicembre 2009, causa T-57/01, *Solvay/Commissione*, cit., §§ 329-331, 398.

[370] Cfr. *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227, 235-236 (1st Cir. 1983); *Henry v. Chloride, Inc.*, 809 F.2d 1334,1346 (8th Cir. 1987); *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 223 (1993).

[371] *Virgin Atlantic Airways Ltd. v. British Airways PLC*, 257 F.3d 256, 265 (3d Cir. 2001).

[372] Sul punto, v. *supra*, § 3.1.

condotte unilaterali, nonostante quest'ultimo sia stato criticato per le sue posizioni eccessivamente caute e conservative. Infine, i casi *Intel* e *Texas Hospitals* hanno dimostrato che, nonostante le resistenze della giurisprudenza e di larga parte della dottrina, le autorità antitrust statunitensi sono pronte a testare i confini della responsabilità antitrust in tema di sconti, anche facendo leva sui maggiori margini d'azione garantiti dall'art. 5 del Federal Trade Commission Act. Per converso, in Europa, gli Orientamenti hanno segnato un importante passo verso il superamento dell'approccio d'illiceità (quasi) *per se*, introducendo un test di prezzo complesso, che mira a limitare l'intervento antitrust ai casi in cui la politica di sconti fidelizzanti sia idonea a escludere concorrenti altrettanto efficienti[373].

In entrambi i sistemi, peraltro, le originarie posizioni non sono state superate e il percorso verso un approccio condiviso appare ancora lungo e tortuoso. Negli Stati Uniti, l'orientamento prevalente della giurisprudenza e della dottrina è ancora fermamente contrario al divieto di prezzi superiori al livello dei costi, mentre la Corte Suprema ha dimostrato di ritenere, nei recenti casi *Weyerhaeuser* e *linkLine*, che il test di predatorietà rappresenti lo standard di valutazione più appropriato per l'analisi delle politiche di prezzo, indipendentemente dalla loro concreta struttura. In Europa, le sentenze rese nei casi *Solvay* e *Tomra* hanno ribadito la perdurante validità dei principî sanciti dalla pregressa elaborazione giurisprudenziale, mentre la stessa Commissione appare restia a rinunciare ai vantaggi dell'orientamento tradizionale in termini di semplicità applicativa, minor onere probatorio e maggiori probabilità che la decisione superi il vaglio giudiziario.

Pur avendo fatto notevoli passi avanti negli ultimi anni, quindi, l'elaborazione antimonopolistica in tema di sconti fidelizzanti continua a essere distante da approdi rassicuranti. Il divieto della pratica per la sua mera tendenza a fidelizzare la clientela, nel solco dell'ortodossia europea, solleva le corti e le autorità antitrust dell'onere di applicare complessi test di prezzo, ma pone delicati problemi di *over-deterrence*, poiché impedisce alle imprese d'avvalersi di un'efficace leva commerciale, indipendentemente dall'esistenza di un effettivo e consistente rischio di preclusione dell'accesso o dello sviluppo di concorrenti altrettanto efficienti. La valenza pro-concorrenziale della pratica suggerisce di circoscrivere la portata del divieto, evitando d'interferire con le

[373] Emblema del processo di convergenza è il trattamento delle medesime condotte sui due versanti dell'Atlantico nei casi *British Airways* e *Intel*: se nei confronti della compagnia di bandiera britannica le corti statunitensi e le istituzioni europee sono giunte a esiti diametralmente opposti, in *Intel* la Commissione e la FTC si sono mosse lungo linee parallele, tanto che l'autorità nordamericana è stata accusata di voler forzare le maglie della responsabilità antitrust, facendo leva sull'art. 5 del Federal Trade Commission Act per introdurre un approccio interventista ispirato al modello europeo. Cfr. K.N. HYLTON, *op. cit.*

dinamiche di mercato in assenza di chiari effetti anticompetitivi. Nei casi in cui un rivale altrettanto efficiente sia in grado di compensare i clienti per la perdita degli sconti formulando un'offerta a prezzi più bassi, ma comunque remunerativi, non v'è ragione d'intervenire con lo strumentario antitrust per salvaguardare i livelli di redditività degli operatori minori, posto che la pratica potrebbe innescare dinamiche competitive virtuose a beneficio dei consumatori.

Parte della dottrina ha contestato l'applicazione di test basati sulla comparazione tra prezzi e costi, sostenendo che gli sconti fidelizzanti offerti ad acquirenti intermedi dovrebbero essere analizzati, piuttosto, come una forma di *exclusive dealing*[374], o alla luce della loro capacità d'accrescere i costi sostenuti dai concorrenti per acquistare un bene o un servizio complementare, come la distribuzione dei propri prodotti[375]. In tale prospettiva, l'analisi dovrebbe essere dapprima incentrata su parametri essenzialmente strutturali, quali la porzione del mercato a valle coperta dalla politica di sconti fidelizzanti e la portata delle barriere all'accesso e all'espansione di rivenditori concorrenti, per poi verificare l'impatto dell'incremento dei costi cagionato dalla pratica sulla capacità competitiva dei rivali[376].

L'approccio incentrato sul grado di preclusione e sull'innalzamento degli altrui costi semplificherebbe notevolmente l'analisi degli sconti fidelizzanti, riconducendola nell'alveo di schemi e categorie da tempo metabolizzate nell'elaborazione antimonopolistica, ma pecca di *over-deterrence*, perché prescinde dalla possibilità, per i rivali, di rispondere alla strategia dell'impresa dominante formulando un'offerta competitiva, a beneficio ultimo dei consumatori. Rispetto ad altre forme di preclusione e *raising rivals' costs*, gli sconti e i premi fidelizzanti presentano alcune differenze fondamentali. I maggiori costi sostenuti dai concorrenti per fronteggiare la politica di sconti dell'impresa dominante non sono riversati sui clienti, bensì si traducono in una riduzione del livello dei loro prezzi, che finisce per beneficiare, di norma, non soltanto gli acquirenti intermedi, ma anche i consumatori, soprattutto ove la pressione concorrenziale nel mercato a valle sia sufficiente ad assicurare il trasferimento di una parte apprezzabile dei benefici ai clienti finali. Inoltre, gli sconti fidelizzanti rappresentano uno strumento per competere in modo più efficace, offrendo un prezzo effettivo più basso per la porzione della domanda dei clienti caratterizzata da una maggior elasticità. Da qui l'opportunità di mantenere un filtro basato sull'analisi

[374] Cfr. W.K. TOM-D.A. BALTO-N.W. AVERITT, *op. cit.*

[375] Cfr. T.J. BRENNAN, *Bundled Rebates as Exclusion Rather Than Predation*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2008, 335, la cui analisi concerne principalmente gli sconti leganti, ma si estende anche a quelli fidelizzanti.

[376] *Id.*

comparata dei costi e dei prezzi, per non soffocare politiche di sconti che potrebbero essere fronteggiate da rivali efficienti mediante l'offerta di condizioni commerciali competitive, a beneficio degli interessi dei consumatori[377].

Nella letteratura giuseconomica, è stato evidenziato che, a prescindere dai possibili effetti escludenti, un sistema di sconti fidelizzanti può avere effetti negativi sul benessere dei consumatori, restringendo la concorrenza tra fornitori concorrenti[378]. Di conseguenza, l'applicazione di un test di prezzo non consentirebbe d'individuare tutte le pratiche fidelizzanti idonee ad avere effetti anticoncorrenziali di rilievo[379]. Tuttavia, le ipotesi di restrizione della concorrenza *interbrand* ricollegabili all'impiego di sistemi di sconti fidelizzanti appaiono più agevolmente controllabili come intese restrittive che condotte unilaterali. L'adozione di sistemi di sconti paralleli da parte di produttori concorrenti per affievolire la concorrenza nel mercato a monte potrebbe rilevare quale pratica facilitante in uno scenario collusivo. Inoltre, i sistemi di sconti potrebbero essere analizzati e, eventualmente, proibiti *sub specie* di intese verticali restrittive, ove la struttura del mercato e le ulteriori caratteristiche del contesto economico e giuridico inducano a ritenere probabile una ripartizione delle vendite o, comunque, un'incidenza negativa sulla concorrenza *interbrand*. Più difficilmente simili pratiche potrebbero essere sanzionate come condotte unilaterali – più che escludenti – di sfruttamento del potere di mercato, posto che siffatto intervento presupporrebbe la prova, oltre che degli effetti restrittivi, del carattere eccessivo e iniquo dei prezzi praticati[380].

L'applicazione di un adeguato test di prezzo rappresenta, dunque, la via maestra per l'analisi degli effetti escludenti di un sistema di sconti fidelizzanti. Tuttavia, non è agevole stabilire quale sia il test di prezzo più appropriato. Il timore di disincentivare una classica forma di concorrenza sui prezzi ha indotto la prevalente giurisprudenza nordamericana e parte della dottrina ad analizzare

---

[377] Nel senso che, in materia di condotte basate sulla leva dei prezzi, «[c]*ost-revenue tests – properly adjusted to fit the circumstances of each case – are indispensable to rigorous and objective antitrust adjudication*», cfr., *inter alia*, D.A. CRANE, *Predation Analysis and the FTC's Case Against Intel*, cit. Lo stesso T.J. BRENNAN, *Bundled Rebates as Exclusion Rather Than Predation*, cit., riconosce l'utilità dei test di prezzo ove la pratica comporti una riduzione del livello dei prezzi finali.

[378] Cfr. *supra*, § 2.2.

[379] Cfr., in particolare, E.R. ELHAUGE-A.L. WICKELGREN, *Anticompetitive Market Division through Loyalty Discounts without Buyer Commitment*, cit.

[380] Cfr., in particolare, Corte Giust. 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands/Commissione*, in *Raccolta*, 1978, 207, §§ 250-252; 13 novembre 1975, causa 26/75, *General Motors Continental/Commissione*, in *Raccolta*, 1975, 1367, § 12.

la pratica alla stregua dei principî generali in tema di *predatory pricing*[381]. I fautori di siffatto orientamento non disconoscono il potenziale anticompetitivo della pratica in caso di prezzi superiori a un'appropriata misura dei costi, ma ritengono che il classico test di predatorietà sia preferibile a criteri di valutazione più sofisticati, sulla base di due premesse fondamentali: (i) nella maggioranza dei casi, la concessione di sconti fidelizzanti è pro-competitiva; e (ii) non vi è uno standard alternativo più accurato, che sia ragionevolmente gestibile dagli organi deputati all'*enforcement* antimonopolistico e adoperabile *ex ante* dalle imprese dominanti per determinare la propria condotta commerciale.

L'orientamento favorevole all'applicazione dei principî generali in tema di *predatory pricing* appare, per certi versi, sottovalutare il potenziale escludente della pratica, che è legato non tanto alla natura predatoria del prezzo finale, quanto al funzionamento del sistema di sconti. Ove sia effettivamente possibile far leva su una porzione monopolizzata della domanda per ridurre il prezzo effettivo delle unità contendibili, una politica di sconti potrebbe essere ben più credibile e pericolosa di una classica strategia di prezzi predatori, perché è meno costosa ed è sostenibile nel lungo periodo. Escludere l'intervento antitrust sopra la soglia della predatorietà potrebbe costituire una scelta di *policy* rischiosa. Inoltre, l'applicazione dei principî generali in tema di prezzi predatori si fonda, quantomeno implicitamente, sulla convinzione che la concessione di sconti si risolva nel breve termine in un abbassamento dei prezzi a beneficio dei consumatori, laddove la riduzione potrebbe essere in tutto o in parte fittizia, se il prezzo di partenza è più alto di quello che sarebbe stato offerto in assenza della pratica.

Il problema è definire uno standard di valutazione più accurato, ma ragionevolmente amministrabile per le corti e le autorità antitrust e

---

[381] Sulla giurisprudenza nordamericana, v. *supra*, § 3.1.; in dottrina, cfr., *inter alia*, J. TEMPLE LANG, *Commission's New Guidance on Article 82 is Flawed*, cit.; ID., *L'art. 82 – I problemi e la soluzione*, cit.; T.A. LAMBERT, *The Roberts Court and the Limits of Antitrust*, cit.; P.E. AREEDA-H. HOVENKAMP, *Antitrust Law* (Supp. 2007), Aspen Law & Business, New York, 2007, § 749b, 245; H. HOVENKAMP, *Discounts and Exclusion*, in *Utah Law Review*, 2006, 857; ma cfr., più di recente, ID., *The Obama Administration and Section 2 of the Sherman Act*, cit., che sembra ammettere la possibilità di discostarsi dal test di predatorietà ove sussistano elementi di prova di un chiaro *lock-in* per una parte sostanziale del fabbisogno dei clienti. Nel senso che ai principî generali in tema di prezzi predatori occorrerebbe rifarsi, in ultima istanza, nei casi – che comunque rappresenterebbero la maggioranza – in cui non siano disponibili informazioni sufficientemente precise e affidabili per applicare un test più accurato, cfr. D. GERADIN, *A Proposed Test for Separating Pro-Competitive Conditional Rebates from Anti-Competitive Ones*, cit. In senso critico nei confronti dell'applicazione dei principî generali in tema di prezzi predatori, cfr. R.H. LANDE, *Should Predatory Pricing Rules Immunize Exclusionary Discounts?*, in *Utah Law Review*, 2006, 879.

sufficientemente prevedibile per le imprese. Il test di prezzo elaborato dagli Orientamenti si muove in questa direzione, ma solleva alcune perplessità e dubbi interpretativi: da un lato, alcuni profili del test non sono del tutto convincenti; dall'altro, le indicazioni fornite dagli Orientamenti appaiono lacunose ed eccessivamente sintetiche, anche in considerazione dell'innovatività dei dettami della Commissione e della carenza di precedenti sull'applicazione concreta di tali criteri[382]. La valutazione delle politiche di sconti dovrebbe essere articolata in tre passaggi fondamentali: (i) la verifica della capacità escludente della pratica; (ii) l'analisi della portata della preclusione e dell'impatto concorrenziale; e (iii) l'apprezzamento delle eventuali giustificazioni commerciali. Tali passaggi sono discussi nei paragrafi che seguono.

8. La *vis* offensiva della pratica nei confronti dei rivali

8.1. La capacità di escludere i concorrenti

Per non scoraggiare l'attuazione di iniziative benefiche sul piano sociale, l'intervento antitrust dovrebbe essere condizionato alla dimostrazione di una *vis* offensiva qualificata, identificabile nella capacità di escludere o, comunque, diminuire la capacità competitiva di operatori che sono efficienti quanto l'impresa dominante sul piano produttivo, ma si trovano in una posizione di svantaggio derivante da una forma d'asimmetria non ragionevolmente superabile, che gli impedisce di competere per l'intero fabbisogno dei clienti. Ove rivali altrettanto efficienti sul piano produttivo siano in grado di competere riducendo i propri prezzi, e abbiano sufficienti incentivi a farlo, un sistema di sconti fidelizzanti innescherebbe un processo virtuoso, che potrebbe tradursi in un'intensificazione della pressione competitiva e in un abbassamento dei prezzi a beneficio dei consumatori.

La capacità di precludere l'accesso alla clientela da parte dei concorrenti varia in funzione della struttura e delle caratteristiche del sistema di sconti interessato. In particolare, il potenziale escludente di un sistema di incentivi si differenzia a seconda che si tratti di: (i) sconti concessi come contropartita per l'assunzione di un formale vincolo d'esclusiva; (ii) sconti retroattivi; e (iii) sconti incrementali.

[382] V. *supra*, § 4.5.

8.1.1. Gli sconti concessi come contropartita per l'assunzione di un espresso vincolo d'esclusiva

In caso di sconti concessi come contropartita per l'assunzione di un formale vincolo d'esclusiva totale o parziale, l'idoneità a precludere l'accesso alla clientela è insita nel patto di *exclusive dealing* concluso dalle parti. Peraltro, la concessione di sconti fidelizzanti può rafforzare la portata escludente dell'impegno d'acquisto esclusivo sotto un duplice profilo: da un lato, il sistema accresce gli incentivi al rispetto del vincolo, poiché espone l'acquirente che intenda differenziare le proprie fonti d'approvvigionamento, oltre che al rischio di azioni di risoluzione e risarcimento del danno e a possibili problemi reputazionali o relazionali, alla sicura perdita di un significativo vantaggio finanziario; dall'altro, la pratica potrebbe contribuire a stabilizzare il rapporto di fornitura nel corso del tempo, inducendo l'acquirente a rinnovare l'impegno d'acquisto esclusivo alla sua formale scadenza, onde evitare di perdere gli sconti concessi dall'impresa dominante[383].

8.1.2. Gli sconti fidelizzanti retroattivi

In assenza di un formale impegno d'esclusiva, la pratica è – in linea teorica – meno restrittiva, posto che il cliente non è privato della possibilità di rispondere a eventuali offerte concorrenti, ove queste ultime siano più convenienti. Il potenziale escludente si ricollega esclusivamente alla concessione di sconti sulla porzione non contendibile della domanda del cliente per ridurre il prezzo effettivo delle unità più esposte alla pressione concorrenziale di altri operatori.

Nel tentativo di distinguere gli sconti fidelizzanti pro-competitivi da quelli indebitamente escludenti, nella letteratura economica sono stati proposti alcuni test basati sulla comparazione tra prezzi e costi. Con alcune sensibili varianti, tali test riflettono una comune vocazione: accertare se, per effetto della politica di sconti fidelizzanti, il prezzo effettivo di una determinata porzione del fabbisogno del cliente risulti inferiore a un'appropriata misura dei costi.

In tale direzione, è stato suggerito di stimare lo sconto che dovrebbe offrire un rivale intenzionato a sottrarre all'impresa egemone una piccola ma significativa quota del fabbisogno del cliente, pari al cinque per cento, onde verificare se un'impresa altrettanto efficiente sia costretta a praticare condizioni

[383] Sotto tale profilo, l'analisi del potenziale escludente della pratica coincide con quella degli sconti fidelizzanti retroattivi e incrementali non condizionati all'assunzione di un espresso vincolo d'esclusiva.

non remunerative[384]. Tale test è relativamente agevole sul piano applicativo, poiché assume come parametro di riferimento, ai fini della verifica della sostenibilità dell'offerta, una determinata quota della domanda dell'acquirente, ma non rifletterebbe adeguatamente l'effettiva portata escludente della pratica nei casi in cui le imprese minori possano competere per porzioni maggiori del fabbisogno del cliente[385].

Altri hanno proposto di definire i confini di una sorta di "campo di battaglia", aggregando la porzione contendibile della domanda dei diversi clienti lungo il periodo di riferimento, onde applicare, in tale spaccato del mercato, una variante del test di predatorietà, comparando il prezzo medio incrementale praticato per le vendite in oggetto coi costi medi incrementali[386]. Aggregando i dati relativi a tutti i distributori attivi sul mercato, peraltro, il test potrebbe lasciare indenni politiche di sconti potenzialmente escludenti, ove il prezzo incrementale, in media, non sia inferiore a un'appropriata misura dei costi, ma il sistema di incentivi precluda l'accesso ai canali distributivi più efficienti.

---

[384] Cfr. A. HEIMLER, *op. cit.* Le stime operate in talune occasioni dalla Commissione e dall'Autorità miravano ad accertare la possibilità di competere per porzioni ridotte del fabbisogno del cliente, pari all'1% (Commissione 14 luglio 1999, caso IV/D-2/34.780, *Virgin/British Airways*, cit. §§ 29-30), al 5% (Autorità 27 giugno 2001, n. 9693 (A291), *Assoviaggi/Alitalia*, cit., § 42) o al 10% (Commissione 2 gennaio 1973, caso IV/26.918, *Industria europea dello zucchero*, cit., § II.E.3).

[385] Il caso *Telecom* (Autorità 16 novembre 2004, n. 13752 (A351), *Comportamenti Abusivi di Telecom Italia*, cit.) evidenzia l'impossibilità di stabilire, *a priori*, quale sia la quota del fabbisogno del cliente sulla cui base stimare la possibilità, per i rivali, di formulare un'offerta competitiva. Nella specie, gli sconti erano concessi ai clienti *business*, i quali, in linea di principio, avrebbero potuto rivolgersi a un concorrente per l'intero fabbisogno, ove quest'ultimo avesse formulato un'offerta particolarmente conveniente. I clienti di maggiori dimensioni potevano avere interesse a selezionare un unico operatore per l'intero fabbisogno, in modo da utilizzare la concessione dell'esclusiva come leva per ottenere condizioni tariffarie più favorevoli. Nei mercati interessati dal provvedimento, poi, non vi erano particolari vincoli di capacità. Al contrario, è ragionevole presumere che tutti gli operatori avessero interesse ad assicurarsi una quota elevata del fabbisogno dei clienti, onde beneficiare delle economie di scala che, tipicamente, si verificano in un settore caratterizzato da ingenti costi fissi e modesti costi marginali. In siffatto scenario, non sembrano esservi sufficienti ragioni per non ritenere contendibile l'intera domanda del cliente: nel qual caso, all'inizio del periodo di riferimento, l'offerta dell'impresa egemone è, per definizione, replicabile dal concorrente, purché il prezzo finale non sia predatorio.

[386] Cfr. A. FLETCHER, *Loyalty Rebates Schemes: towards an effects-based approach?*, Seconda conferenza della Association of Competition Economics, Siena, 2-3 dicembre 2004, nonché ID., *The reform of Article 82: recommendations on key policy objectives*, discorso tenuto al Competition Law Forum, Bruxelles, 15 marzo 2005, disponibile sul sito Internet http://www.oft.gov.uk/shared_oft/speeches/spe0205.pdf.

Ancora, altri hanno elaborato un test per accertare qual è la misura della base inelastica della domanda oltre la quale le vendite incrementali, necessarie al raggiungimento del quantitativo soglia, comporterebbero una contrazione dei profitti complessivi e, quindi, dovrebbero considerarsi predatorie. L'idea è che, in presenza di sconti retroattivi, oltre un determinato ammontare le vendite incrementali necessarie a raggiungere la soglia d'acquisto non contribuiscono ad aumentare i profitti complessivi dell'impresa fornitrice: ove l'*assured base of sales* superi tale soglia, l'operatore egemone incamererebbe maggiori profitti in assenza del sistema di sconti e, quindi, il prezzo incrementale dovrebbe ritenersi predatorio[387].

Infine, è stato proposto di stimare il prezzo medio che un concorrente dovrebbe offrire, per ogni determinato ammontare di vendite, per rendere gli acquirenti indifferenti tra la propria offerta e quella dell'impresa dominante. Tali prezzi dovrebbero quindi essere confrontati con i costi medi variabili e totali di un nuovo entrante efficiente, per i quantitativi che un concorrente potrebbe ragionevolmente sottrarre all'impresa dominante[388].

L'applicazione dei test di prezzo divisati dalla dottrina comporta notevoli difficoltà e postula la disponibilità di un dettagliato novero di informazioni e dati, spesso difficilmente reperibili, circa le dinamiche competitive, le abitudini d'acquisto dei clienti, le preferenze dei consumatori finali e il livello dei costi. Ciò nondimeno, l'apprezzamento della pratica non sembra poter prescindere da un'analisi comparata di prezzi e costi, giacché la dimostrazione dell'impossibilità di rispondere alla politica di sconti dell'impresa dominante costituisce l'unica base solida per porre al bando una condotta tendenzialmente pro-competitiva.

Il problema è risolvere nella maniera più efficiente l'inevitabile *trade-off* tra accuratezza e amministrabilità del test di prezzo. In linea di principio, per appurare se un sistema di sconti o premi fidelizzanti rischi d'escludere concorrenti efficienti, bisognerebbe verificare se il prezzo incrementale praticato per la quota contendibile del fabbisogno del cliente sia inferiore a un'appropriata misura dei costi, allocando su tale porzione della domanda l'intero beneficio concesso dall'impresa egemone al raggiungimento delle soglie[389]. Tuttavia, ove i concorrenti minori non siano in grado di competere per l'intera porzione contendibile della domanda dei clienti, potrebbe essere appropriato allocare lo sconto complessivo su una parte più ristretta delle vendite, corrispondente alle unità che potrebbero essere ragionevolmente sottratte dai rivali.

---

[387] Cfr. A. MAJUMDAR-S. BISHOP-D. RIDYARD-I. WILLIAMS-U. AKGUN, *op. cit.*

[388] Cfr. G. FEDERICO, *When are Rebates Exclusionary*, cit.

[389] Cfr. G. FAELLA, *The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates*, cit.

Un sistema di sconti fidelizzanti inidoneo a escludere concorrenti altrettanto efficienti potrebbe avere comunque effetti restrittivi, inducendo i rivali a competere meno vigorosamente per le unità del fabbisogno dei clienti al di sotto delle soglie. Ove il prezzo incrementale praticato per la quota contendibile del fabbisogno del cliente, o per l'eventuale porzione più ridotta per la quale gli operatori alternativi possano ragionevolmente competere, copra i costi, occorrerebbe altresì valutare se, a seguito dell'attuazione del sistema di sconti, i concorrenti abbiano sufficienti incentivi a competere per le unità contendibili del fabbisogno dei clienti al di sotto della soglia o, piuttosto, possano incamerare maggiori profitti vendendo esclusivamente le unità al di sopra dell'obiettivo di fatturato a un prezzo più elevato.

L'analisi è più complessa – ma non concettualmente diversa – in caso di sistemi di sconti retroattivi strutturati mediante una serie progressiva di soglie di fatturato, cui corrispondono aliquote crescenti. In tal caso, peraltro, il mancato raggiungimento di una soglia non determina necessariamente la perdita di qualsiasi sconto, bensì può comportare, semplicemente, l'applicazione di un tasso inferiore, corrispondente a uno scaglione più basso. Di conseguenza, il potenziale fidelizzante tende a essere notevolmente più basso, soprattutto se le aliquote crescono in misura contenuta da uno scaglione all'altro[390].

8.1.3. Gli sconti fidelizzanti incrementali

La verifica della capacità d'escludere o limitare la capacità competitiva dei concorrenti s'atteggia in termini differenti nel caso degli sconti fidelizzanti incrementali. Ove l'obiettivo di fatturato sia pari o inferiore alla quota non contendibile del fabbisogno del singolo cliente, ciò che rileva è esclusivamente se il prezzo scontato sia più basso di un'appropriata misura dei costi. Al di sopra della soglia della predatorietà, un ipotetico concorrente altrettanto efficiente sul piano produttivo dovrebbe essere in grado di formulare un'offerta competitiva, mentre un prezzo inferiore a un'appropriata misura dei costi potrebbe precludere l'accesso alla clientela.

[390] Il potenziale escludente di alcuni sistemi di sconti basati su griglie progressive condannati nella prassi antitrust europea appare molto limitato: cfr. H. ZENGER, *op. cit.*; A. HEIMLER, *op. cit.*; A. MAJUMDAR-S. BISHOP-D. RIDYARD-I. WILLIAMS-U. AKGUN, *op. cit.*, 191-195. Peraltro, in condizioni di domanda stocastica, un sistema di sconti progressivi potrebbe consentire di ovviare ai problemi sollevati dalla maggior rigidità di uno schema con un'unica soglia di fatturato: infatti, mentre quest'ultima potrebbe rivelarsi troppo alta o eccessivamente ridotta rispetto all'effettivo fabbisogno del cliente, una griglia di obiettivi con aliquote crescenti consentirebbe di fornire incentivi all'acquisto presso l'impresa dominante anche in caso di fluttuazioni significative della domanda.

Per converso, qualora la soglia di fatturato sia maggiore della porzione non contendibile della domanda del cliente, il fatto che il prezzo scontato sia inferiore al livello dei costi non implica necessariamente che un concorrente efficiente non sia in grado di competere, posto che il rivale potrebbe distribuire lo sconto complessivo concesso dall'impresa dominante non soltanto sulle unità incrementali del fabbisogno, ma anche sulle ulteriori unità contendibili al di sotto della soglia[391]. In tali ipotesi, potrebbe essere appropriato allocare lo sconto complessivo offerto dall'impresa dominante sull'intera porzione contendibile della domanda del cliente, o sul quantitativo inferiore per il quale potrebbero competere gli altri operatori, ove quest'ultimo sia comunque superiore alle unità del fabbisogno del cliente al di sopra della soglia[392].

8.2. La stima della quota contendibile e della parte rilevante della domanda dei clienti

Nell'applicazione di un appropriato test di prezzo per la valutazione del potenziale escludente delle politiche di sconti fidelizzanti, la questione più delicata e foriera di difficoltà applicative è la stima della porzione della domanda degli acquirenti per la quale possono competere gli altri operatori. Il fatto che, in diversi casi, la quota contendibile della domanda dei diversi clienti non sia agevolmente osservabile, unitamente all'elevata sensibilità della stima del prezzo effettivo al livello della porzione degli acquisti che si assume aperta alla concorrenza di altri operatori[393], dà origine a un elevato rischio di falsi positivi e negativi.

Per definizione, qualsiasi impresa dominante detiene un certo grado di potere di mercato sulla totalità o su una parte significativa del fabbisogno dei clienti. In *Tomra*, il Tribunale ha ritenuto che la limitata sostituibilità dei prodotti per buona parte della domanda sia «inerente ad una posizione dominante forte», dalla quale discenderebbe che l'impresa egemone

---

[391] Cfr. *supra*, §§ 2.1.2. e 5.3.

[392] In effetti, non v'è ragione per tener conto della possibilità di allocare il beneficio concesso dall'impresa dominante sulle unità contendibili sotto la soglia per gli sconti retroattivi e ignorare tale opzione strategica nel caso degli sconti incrementali, posto che i due sistemi di sconti possono produrre effetti sostanzialmente equivalenti e, anzi, il secondo tende a essere meno pericoloso sul piano concorrenziale. In entrambi i casi, infatti, gli sconti rappresentano uno strumento per praticare un prezzo effettivo più basso per la porzione della domanda dei clienti caratterizzata da una maggior elasticità, ma a parità di tasso gli sconti retroattivi tendono a essere significativamente più elevati: v. *supra*, § 2.1.2.

[393] Una piccola riduzione della quota contendibile può determinare un considerevole abbassamento del prezzo effettivo delle unità incrementali: cfr. G. FEDERICO, *The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts in Europe: Towards a More Economic Approach*, cit.

rappresenterebbe, «in ampia misura, un partner commerciale irrinunciabile»[394]. In realtà, la sentenza *Tomra* confonde e sovrappone due piani distinti. Nella normalità dei casi, il potere di mercato detenuto da un'impresa dominante non è, in quanto tale, sufficiente a dimostrare che i rivali non possono competere per la totalità o larga parte del fabbisogno dei clienti. La scarsa contendibilità di una porzione del fabbisogno dei clienti rappresenta una circostanza relativamente rara, che sussiste soltanto in presenza di specifici fattori causali. Nell'analisi del potenziale fidelizzante di un sistema di sconti retroattivi, occorrerebbe partire da una forte presunzione di contendibilità dell'intero fabbisogno dei clienti, superabile soltanto in presenza di elementi probatori sufficientemente chiari e convincenti, atti a dimostrare con ragionevole certezza l'esistenza di una forma d'asimmetria che impedisca agli altri operatori di competere alla pari per tutta la domanda degli acquirenti.

Sulla contendibilità del fabbisogno del cliente possono incidere diversi fattori, quali la forza del marchio, il livello di riconoscimento da parte del mercato, il grado di sostituibilità tra i diversi prodotti, la qualità e le caratteristiche tecniche degli stessi, l'esistenza di costi di sostituzione o transazione e i limiti di capacità fronteggiati dai rivali dell'impresa dominante[395]. Alcuni prodotti possono essere essenziali per i distributori (*must-stock brands*), in considerazione della particolare popolarità e forza attrattiva del marchio dell'impresa dominante. Se la mancata disponibilità di un marchio particolarmente ricercato dai consumatori incide negativamente sulle vendite dell'operatore attivo nel mercato a valle, quest'ultimo non può fare a meno di approvvigionarsi del prodotto dell'impresa dominante, quantomeno per una determinata percentuale del suo fabbisogno[396]. Analogamente, in presenza di significativi costi di sostituzione del fornitore, ricollegabili all'esistenza di una base istallata di prodotti primari, in combinazione coi quali è destinato a essere utilizzato il bene o servizio dell'impresa dominante, o al sostenimento di investimenti specifici in impianti produttivi, locali commerciali o formazione del personale, gli acquirenti possono trovarsi in una situazione di *lock-in*, anche qualora essi siano, in astratto, interessati a rivolgersi ad altri operatori[397].

---

[394] Trib. UE 9 novembre 2011, causa T-155/06, *Tomra/Commissione*, cit., § 269.

[395] Cfr., *inter alia*, D. GERADIN, *A Proposed Test for Separating Pro-Competitive Conditional Rebates from Anti-Competitive Ones*, cit.

[396] La particolare forza di alcuni marchi potrebbe incidere anche sulle vendite dei produttori di beni che incorporano un prodotto intermedio. La consolidata reputazione, la particolare forza attrattiva del marchio e le preferenze dei clienti sono alcuni dei fattori presi in considerazione dalla Fair Trade Commission coreana nel caso *Intel*. Cfr. D.H. SANGWOOK-J.H. HYEONG, *op. cit.*

[397] In Europa, in *Intel*, la Commissione ha rilevato che la scelta dei processori era dettata dalle specifiche tecniche dei computer. Di conseguenza, un cambiamento del fornitore di processori era possibile soltanto per i nuovi modelli di computer, che rappresentavano, in ciascun anno, una

Ancora, nei settori caratterizzati da elevati costi transattivi, alcuni acquirenti potrebbero preferire rifornirsi presso un'unica fonte d'approvvigionamento per la totalità o larga parte del proprio fabbisogno per una gamma di prodotti, rendendo più difficoltoso l'accesso alla clientela da parte di fornitori con un assortimento più ristretto. Anche qualora i clienti siano disposti a rifornirsi presso diverse imprese, la presenza di limiti di capacità produttiva o la ridotta copertura territoriale dei servizi dei fornitori minori potrebbe impedire a questi ultimi di soddisfare integralmente la domanda, garantendo all'operatore egemone una determinata porzione di vendite[398].

Ai fini della stima della quota contendibile della domanda, importanti elementi probatori possono essere forniti da ricerche di mercato, studi settoriali e indagini concernenti le abitudini d'acquisto e le preferenze dei clienti e dei consumatori finali, nonché dalle stime interne delle imprese fornitrici[399]. I dati relativi agli approvvigionamenti negli anni precedenti potrebbero fornire alcune indicazioni, ma hanno un valore probatorio alquanto limitato, non essendovi una relazione chiara tra la porzione del fabbisogno di un determinato cliente fornita da uno o più rivali in un determinato momento e il grado di contendibilità della domanda. I concorrenti potrebbero non aver acquisito una porzione più ampia del fabbisogno dei clienti per diverse ragioni, quali prezzi più elevati, minor qualità o strategie di *marketing* inadeguate.

Un'ulteriore questione che complica la stima della porzione contendibile della domanda è la scelta dell'orizzonte temporale lungo il quale il cliente potrebbe decidere di trasferire parte dei propri acquisti a un fornitore concorrente[400]. La porzione contendibile della domanda è stimata, di norma,

---

porzione limitata delle vendite complessive. Cfr. Commissione 13 maggio 2009, caso COMP/37.990, *Intel*, cit. In *Masimo Corp. v. Tyco Health Care Group, L.P.*, la corte distrettuale ha osservato che, per supportare la base istallata di monitor forniti dall'impresa egemone, i clienti erano costretti ad acquistare un determinato ammontare fisso di sensori compatibili. Cfr. *Masimo Corp. v. Tyco Health Care Group, L.P.*, No. CV 02-4770 MRP, 2006 WL 1236666 (C.D. Cal. Mar. 22, 2006).

[398] Nel caso *Intel* statunitense, la FTC ha ritenuto che l'impresa egemone fosse un fornitore essenziale per larga parte del fabbisogno dei clienti più importanti, in quanto era l'unico operatore dotato di una gamma di prodotti e di una capacità produttiva sufficienti a soddisfare l'intera domanda degli acquirenti. Cfr. *In re Intel Corp.*, Docket No. 9341 (FTC, 16 dicembre 2009), 8. Simili considerazioni sono state svolte dalla Fair Trade Commission coreana in *Intel* (cfr. D.H. SANGWOOK-J.H. HYEONG, *op. cit.*). In *Bring City Mail*, l'operatore postale *incumbent* era l'unico soggetto in grado di garantire, con il proprio servizio, la copertura dell'intero territorio nazionale. Cfr. Market Court 8 giugno 2011, 2011:14, *Bring City Mail Sweden v Posten Maddelande AB.*

[399] Cfr. A. MAJUMDAR-S. BISHOP-D. RIDYARD-I. WILLIAMS-U. AKGUN, *op. cit.*

[400] Cfr. G. FEDERICO, *The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts in Europe: Towards a More Economic Approach*, cit.

con riferimento alla situazione esistente al momento dell'attuazione della pratica contestata. In alcuni casi, peraltro, i rivali potrebbero avere sufficienti incentivi a investire per accrescere progressivamente la porzione del fabbisogno degli acquirenti che può essere destinata ad acquisti di prodotti diversi da quelli dell'impresa dominante, ad esempio avviando attività promozionali per guadagnarsi una sorta di legittimazione sul mercato o aumentando la propria capacità produttiva. Se gli altri operatori sono in grado di recuperare gli investimenti sostenuti per incrementare le vendite dei propri prodotti in un arco temporale non eccessivamente prolungato, una prospettiva di breve periodo potrebbe essere eccessivamente conservativa.

Nella prassi, può rivelarsi estremamente difficile, se non impossibile, stimare con un ragionevole grado d'approssimazione la porzione contendibile della domanda dei clienti, posto che la stessa può essere difficilmente osservabile, può variare significativamente da un cliente all'altro e può essere soggetta a fluttuazioni nel corso del tempo. La stima può essere particolarmente complessa nei casi in cui i clienti siano consumatori finali, in quanto questi ultimi hanno generalmente preferenze e abitudini d'acquisto eterogenee e sono, di norma, particolarmente numerosi. Tuttavia, le inevitabili difficoltà applicative connesse alla stima della porzione contendibile della domanda dei clienti non devono essere sopravvalutate. Di regola, gli sconti fidelizzanti applicati nei rapporti coi consumatori finali non destano preoccupazioni sul piano concorrenziale, perché si risolvono in un diretto beneficio per gli acquirenti e difficilmente possono avere significativi effetti escludenti[401]. Problemi concorrenziali insorgono soprattutto quando la pratica interessi prodotti intermedi o finali venduti ad acquirenti professionali, quali rivenditori o imprese che utilizzano tali prodotti come *input* per la produzione di ulteriori beni o servizi. In molti casi, gli acquirenti professionali potrebbero essere in

[401] Allo stadio del commercio al dettaglio, i sistemi di sconti fidelizzanti – quali, a titolo esemplicativo, i *frequent flyer program* adoperati nell'industria aerea, o le riduzioni di prezzo offerte da librerie e rivenditori di generi alimentari – sono comunemente utilizzati tanto nei mercati concorrenziali quanto in quelli più concentrati. Sebbene tali programmi possano beneficiare sia le imprese, sia i consumatori finali (cfr. D. BELL-R. LAL, *The Impact of Frequent Shopper Programs in Grocery Retailing*, Review of Marketing Science Working Paper, 2002, disponibile sul sito Internet www.bepress.com/roms/vol2/iss1/paper1), l'analisi economica ha dimostrato che gli stessi possono creare costi di sostituzione e rendere meno elastica la domanda per i prodotti dell'operatore interessato, traducendosi in prezzi di equilibrio più elevati e in una riduzione del benessere dei consumatori (cfr. P. KLEMPERER, *op. cit.*; v. anche B.D. KIM-M. SHI-K. SRINIVASAN, *Reward Programs and Tacit Collusion*, in *Marketing Science*, 2001, 99), oltre a poter generare una riluttanza a cambiare fornitore, inducendo i clienti a scelte sub-ottimali (cfr. A. MORELL-A. GLÖCKNER-E. TOWFIGH, *op. cit.*). In linea teorica, tali programmi di incentivi possono confliggere con le norme antitrust, soprattutto in Europa (cfr. A. EMCH, *Frequent Flyer Programmes under Article 82 EC – Is the Sky the Only Limit?*, in *World Competition*, 2007, 645), ma di fatto non hanno destato, sinora, eccessive preoccupazioni sul piano concorrenziale.

grado di stimare, con un accettabile grado d'approssimazione, se una determinata porzione del loro fabbisogno debba esser soddisfatta da un particolare fornitore, in virtù di fattori quali le preferenze dei consumatori finali, le peculiari caratteristiche di determinati prodotti, l'esistenza di significativi costi di sostituzione o i limiti di capacità fronteggiati da altri operatori.

La stima della quota contendibile del fabbisogno dei clienti potrebbe non essere sufficiente per l'applicazione di un adeguato test di prezzo, posto che, in alcuni casi, i concorrenti minori potrebbero non essere in grado di competere per l'intera parte non monopolizzata della domanda. Ciò potrebbe accadere, ad esempio, allorché acquirenti intermedi preferiscano mantenere, oltre alla marca *leader* del mercato, un assortimento di prodotti diversi, o limiti di capacità impediscano ai concorrenti attuali o potenziali di competere per un'elevata porzione del fabbisogno di alcuni grandi clienti[402]. In presenza di limiti di capacità, i concorrenti potrebbero reagire, in linea teorica, concentrando le vendite su un minor numero di acquirenti, in modo da coprire una percentuale maggiore del loro fabbisogno, ma ciò potrebbe porli in una situazione di svantaggio competitivo qualora la disponibilità di una rete distributiva capillare e diffusa sul territorio rappresenti un'importante variabile strategica, o l'esistenza di effetti di rete favorisca i prodotti utilizzati da un maggior numero di clienti.

Negli Orientamenti, la Commissione ha distinto la nozione di porzione contendibile del fabbisogno del cliente da quella di parte rilevante, per la quale potrebbero ragionevolmente competere i rivali, ma ha fornito scarne indicazioni circa la definizione di quest'ultima. In particolare, gli Orientamenti chiariscono che, per determinare l'estensione della parte rilevante, occorrerebbe prendere in considerazione «la capacità dei concorrenti esistenti di espandere le vendite ai clienti e le fluttuazioni di tali vendite nel tempo», mentre, per i concorrenti potenziali, la Comissione afferma che, ove possibile, «potrebbe essere effettuata una valutazione del livello al quale un nuovo operatore potrebbe realisticamente entrare sul mercato», assumendo come indice «il modello di crescita storica dei nuovi operatori negli stessi mercati o in mercati simili»[403]. Tuttavia, non è possibile stabilire una chiara relazione tra l'andamento delle vendite in passato e l'estensione della parte del fabbisogno dei singoli clienti che potrebbe essere ragionevolmente trasferita ad altri operatori, posto che un volume d'affari contenuto e una limitata crescita dei rivali negli anni pregressi possono essere dovute a svariati fattori, quali la scarsa competitività dei prezzi

[402] Cfr. *supra*, § 4.5.

[403] *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 42.

offerti, un basso livello qualitativo dei prodotti o scelte strategiche e di *marketing* inadeguate[404].

La necessità di stimare la quota contendibile e, soprattutto, la parte rilevante genera una situazione di notevole incertezza giuridica, che potrebbe disincentivare legittime iniziative commerciali. Da un lato, infatti, la valutazione della legittimità della pratica potrebbe dipendere da informazioni di carattere riservato, di norma non accessibili alle imprese dominanti, quali quelle concernenti gli acquisti di prodotti concorrenti da parte dei clienti o la capacità produttiva delle imprese rivali. Dall'altro, non è chiaro a quali concorrenti occorrerebbe far riferimento nella valutazione della verosimile estensione della porzione rilevante, in presenza di diversi operatori, dotati di differenti capacità di soddisfare la domanda dei clienti ed espandere la propria produzione.

Per limitare il grado d'incertezza giuridica per le imprese, occorre quanto meno partire dalla presunzione che i concorrenti siano in grado di competere per l'intera quota contendibile della domanda dei clienti, ammettendo la possibilità di discostarsi da tale assunto in casi particolari. Inoltre, nel caso in cui i concorrenti non possano competere per l'intera porzione contendibile della domanda, per stimare la parte del fabbisogno dei clienti che potrebbe essere verosimilmente sottratta da altri operatori, occorrerebbe far riferimento non alla capacità d'offerta di uno o più concorrenti determinati, bensì a quella di un ipotetico rivale efficiente, che incontri limiti all'espansione delle proprie vendite in virtù di ostacoli oggettivi e non ragionevolmente superabili.

In ogni caso, posto che la valutazione dell'estensione della quota contendibile e, *a fortiori*, della parte rilevante del fabbisogno dei clienti potrebbe richiedere la disponibilità di informazioni di carattere riservato o, comunque, non ragionevolmente a disposizione dell'impresa dominante, nell'apprezzamento di una politica di sconti occorre tener conto delle informazioni che quest'ultima aveva a disposizione, o avrebbe potuto ragionevolmente reperire, nel periodo in cui la pratica è stata attuata, onde evitare di sanzionare un operatore per una condotta la cui illiceità non era percepibile *ex ante*[405].

---

[404] Cfr. D. GERADIN, *A Proposed Test for Separating Pro-Competitive Conditional Rebates from Anti-Competitive Ones*, cit.

[405] Cfr. D. GERADIN, *The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel Case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm*, cit. L'esigenza di garantire la percepibilità *ex ante* dell'illiceità della condotta è alla base dello stesso test del concorrente altrettanto efficiente normalmente utilizzato per l'analisi degli abusi di prezzo: cfr. Corte Giust. 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, cit., § 44; 14 ottobre 2010, causa C-280/08 P, *Deutsche Telekom/Commissione*, in *Raccolta*, 2010, I-9555, § 202; Trib. UE 10 aprile 2008, causa T-271/03, *Deutsche Telekom/Commissione*, cit., § 192.

8.3. La scelta di un'appropriata misura dei costi

In linea di principio, la misura dei costi dovrebbe essere stabilita in modo da assicurare la possibilità di permanenza sul mercato di un ipotetico concorrente in grado di raggiungere i medesimi livelli d'efficienza produttiva[406]. Peraltro, di là dall'apparente nitore di siffatto obiettivo, si dischiudono complessità concettuali e difficoltà applicative d'ogni sorta. Nella letteratura economica e nella prassi applicativa, sono state esplorate diverse misure dei costi utilizzabili come parametro di riferimento nell'accertamento del carattere predatorio di una politica dei prezzi[407], quali il CM, il CVM, propugnato dal fortunato test di Areeda-Turner, il CTM, il CEM e il CIMLP. Tuttavia, ognuna di tali misure presenta limiti teorici e applicativi. L'analisi è resa ancor più complessa dal fatto che le diverse misure dei cosi sono influenzate dall'arco temporale di riferimento: nel lungo termine, infatti, alcuni costi che nel breve periodo sarebbero fissi debbono essere considerati variabili; analogamente, il ventaglio dei costi inscrivibili tra quelli evitabili tende ad ampliarsi in un lasso di tempo prolungato.

Nei due casi *Intel*, la Commissione e la FTC hanno fatto riferimento a diverse misure dei costi. La FTC ha adottato un approccio rigoroso, ritenendo che i prezzi dell'impresa egemone dovessero coprire il CVM e contribuire adeguatamente a remunerare i costi fissi affondati[408]. La Commissione ha accertato che il prezzo incrementale era inferiore al CEM, in linea con gli Orientamenti, che prevedono la possibilità d'intervenire in caso di mancata copertura del CEM e, in alcuni casi, del CIMLP. Tuttavia, la Commissione ha precisato che si trattava di un approccio utilizzato in via cautelativa, in quanto più favorevole alla parte, aggiungendo che, in un mercato con elevati costi fissi, i prezzi devono essere sensibilmente superiori al CM per assicurare la copertura dei costi totali e la permanenza nel mercato nel lungo termine[409].

---

[406] In considerazione dei possibili effetti negativi sul benessere dei consumatori derivanti dall'esclusione di concorrenti non (ancora) altrettanto efficienti, è stato proposto d'utilizzare, altresì, un test basato sui costi di un rivale attuale, in modo da intervenire quando sia provato che l'esclusione di tale impresa restringe la concorrenza e riduce il *consumer welfare*: cfr. N. ECONOMIDES, *Loyalty/requirement rebates and the Antitrust Modernization Commission: What is the appropriate liability standard?*, cit. Sui problemi sollevati dall'intervento antitrust nei casi di *above-cost predation*, v. *supra*, Cap. I, § 8.

[407] Per una discussione generale di tali parametri, v. *supra*, Cap. I, § 7.

[408] Cfr. *In re Intel Corp.*, Docket No. 9341 (FTC, 16 dicembre 2009), 21; in senso critico, cfr. D.A. CRANE, *Predation Analysis and the FTC's Case Against Intel*, cit.

[409] Cfr. Commissione 13 maggio 2009, caso COMP/37.990, *Intel*, cit., §§ 1036-1037.

In dottrina, vi è un crescente consenso sull'uso del CEM[410], perché consente d'isolare i costi specificamente sostenuti per la produzione aggiuntiva. Anche nei settori con elevati costi fissi, ogni vendita incrementale a un prezzo almeno pari al CEM è razionale per l'impresa dominante, perché copre i costi specifici e può contribuire al recupero degli investimenti effettuati. Inoltre, ove l'abbassamento dei prezzi sia transitorio, i costi che variano soltanto nel lungo periodo non possono comunque essere evitati e, pertanto, non dovrebbero essere presi in considerazione nell'accertamento della profittabilità di una determinata politica di prezzo[411]. Nel breve termine, poi, un concorrente altrettanto efficiente dovrebbe essere in grado di formulare un'offerta competitiva se il prezzo effettivo praticato per le unità contendibili della domanda del cliente non è inferiore al CEM.

Peraltro, un sistema di sconti fidelizzanti di carattere non predatorio potrebbe essere sostenibile nel lungo periodo, poiché l'impresa dominante non subisce perdite, né si verifica necessariamente una contrazione dei profitti[412]. Nel lungo periodo, le imprese rivali potrebbero non esser in grado di entrare nel mercato o proseguire la loro attività qualora non siano in grado di coprire anche i costi non evitabili nel breve-medio termine.

Inoltre, quando un mercato è caratterizzato da elevati costi fissi non recuperabili e ridotti costi variabili e costi fissi recuperabili, l'utilizzo del CEM potrebbe non riflettere adeguatamente la realtà economica e le dinamiche competitive dell'industria interessata. In assenza di una ragionevole probabilità di recuperare tutti i costi sostenuti per commercializzare un determinato prodotto, i concorrenti potrebbero essere dissuasi dall'entrare nel mercato. In tali ipotesi, il CIMLP potrebbe offrire una rappresentazione più realistica dei costi che devono essere coperti per entrare e restare attivi nel mercato interessato[413].

Pertanto, la scelta di un'appropriata misura dei costi dovrebbe dipendere dalle circostanze del caso di specie, ivi inclusi, in particolare, l'orizzonte temporale di riferimento e l'importanza dei costi fissi non

---

[410] Cfr., *inter alia*, C. AHLBORN-D. BAILEY, *op. cit.*; S. BISHOP-P. MARSDEN, *op. cit.*

[411] Un'impresa potrebbe praticare un ribasso transitorio dei prezzi per svariate ragioni, quali l'attuazione di iniziative promozionali, il lancio di un nuovo prodotto o un'improvvisa contrazione della domanda di mercato.

[412] Infatti, la concessione dello sconto potrebbe accompagnarsi a un parallelo incremento del prezzo di listino, che potrebbe neutralizzare, in tutto o in parte, l'effetto negativo sui profitti derivante dall'attuazione del sistema.

[413] Peraltro, se si assume come punto di riferimento un periodo prolungato, i due parametri del CEM e del CIMLP tendono a produrre risultati analoghi. Infatti, il CEM tende ad aumentare al crescere del periodo di riferimento, giacché molti costi fissi non recuperabili nel breve-medio termine divengono evitabili in un arco temporale prolungato.

recuperabili. Ove una politica di sconti fidelizzanti sia stata attuata, o sia previsto che duri, soltanto per un periodo limitato, il parametro di riferimento più appropriato potrebbe essere il CEM[414]. Per contro, una misura dei costi prudenziale, come il CIMLP, potrebbe essere preferibile, in alcune circostanze, in caso di politiche di sconti attuate o destinate a durare per un arco temporale prolungato, ovvero nei mercati caratterizzati da elevati costi fissi non recuperabili[415].

In presenza di imprese multi-prodotto, per accertare il rischio d'esclusione di concorrenti altrettanto efficienti potrebbe essere appropriato tener conto dei costi comuni, ove questi ultimi siano significativi in relazione all'ammontare complessivo dei costi sostenuti dagli operatori del settore[416].

---

[414] Nei casi in cui la pratica sia in corso al momento dell'avvio del procedimento antitrust o dell'azione giudiziaria avverso l'impresa dominante, si pone il problema di stabilire quanto potrebbe ragionevolmente durare la politica di prezzo contestata. In linea generale, sembra preferibile far riferimento alla situazione che appare all'esterno, piuttosto che alle intenzioni non palesate dell'impresa dominante, per due ragioni: (i) gli elementi di prova dei reali programmi di tale operatore potrebbero essere difficilmente reperibili; e (ii) i rivali potrebbero far affidamento soltanto sulla situazione apparente al momento di assumere le proprie decisioni in merito all'entrata nel mercato o alla prosecuzione della propria attività.

[415] In quest'ottica, in caso di mancata copertura del CEM, si può presumere, in linea con gli Orientamenti, che una politica di sconti possa avere effetti escludenti, mentre prezzi almeno pari al CEM, ma inferiori al CIMLP, dovrebbero essere valutati alla luce delle particolari circostanze della specie, tenuto conto, in particolare, della durata della pratica e dell'importanza dei costi fissi affondati. Ulteriore questione è quella dell'individuazione della porzione dell'offerta con riferimento alla quale stimare i costi incrementali. Nella letteratura economica, è stato proposto di assumere come pietra di paragone i costi evitabili o incrementali sostenuti dall'impresa dominante per produrre specificamente le unità incluse nella porzione contendibile delle vendite, in un arco temporale pari al periodo di riferimento previsto dal sistema, o in un termine più lungo, ove lo schema sia reiterato di volta in volta alla scadenza: Cfr. A. MAJUMDAR-S. BISHOP-D. RIDYARD-I. WILLIAMS-U. AKGUN, *op. cit.*, 130, 134. Secondo tale approccio, sarebbero esclusi dal computo del parametro rilevante tutti i costi che sarebbero stati comunque sostenuti per produrre le unità destinate a coprire la porzione monopolizzata del mercato. In tal modo, l'impresa dominante beneficerebbe del vantaggio di poter allocare alcuni costi fissi, *in toto*, sulla base inelastica della domanda, mentre i rivali dovrebbero tener conto di tali oneri nella determinazione del prezzo offerto per le unità contendibili. Un approccio più cauto consiste nell'assumere come parametro di riferimento i costi evitabili o incrementali sostenuti per produrre le unità destinate a coprire non soltanto la porzione contendibile della domanda complessiva, ma anche la base inelastica. Per un raffronto tra i due approcci, cfr. A. FLETCHER, *The reform of Artiche 82: recommendations on key policy objectives*, cit., 15.

[416] Negli Orientamenti, la Commissione ha lasciato aperta la possibilità di tenere in considerazione i costi comuni, ove siano significativi (cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 60), ma non ha fornito ulteriori indicazioni circa le ipotesi in cui ciò potrebbe avvenire, né ha chiarito i criteri che essa intende seguire per l'allocazione di tali costi sui diversi prodotti. Nel Discussion Paper, la Commissione ha manifestato l'intenzione d'allocare i costi comuni in proporzione al fatturato

Tuttavia, diverse ragioni inducono a ritenere preferibile, nella normalità dei casi, far riferimento a una misura dei costi incrementali: in primo luogo, le norme antitrust non dovrebbero impedire agli operatori dominanti di tener conto delle economie di gamma nella definizione della propria politica dei prezzi, giacché un'impresa egemone non dovrebbe esser costretta a comportarsi come se fosse meno efficiente di quanto è effettivamente[417]; in secondo luogo, le imprese rivali dovrebbero essere incoraggiate a espandere la loro gamma di prodotti, se la diversificazione dell'offerta consente di operare a costi inferiori; in terzo luogo, sul piano applicativo, l'allocazione dei costi comuni ai diversi prodotti commercializzati da un'impresa è particolarmente complessa e implica inevitabilmente un certo margine d'arbitrio[418].

I costi comuni dovrebbero essere tenuti in considerazione nella fissazione di un appropriato *cost benchmark* soltanto in casi eccezionali, nei quali sia possibile dimostrare che: (i) tali costi sono importanti in relazione a quelli totali; e (ii) i rivali non potrebbero realizzare simili economie di gamma ampliando la propria offerta commerciale, a causa di ostacoli oggettivi e non ragionevolmente superabili[419]. In tali ipotesi, peraltro, in considerazione degli elevati margini d'incertezza e di discrezionalità nell'allocazione dei costi comuni ai diversi prodotti, le corti e le autorità antitrust dovrebbero accettare il metodo d'imputazione adottato, in concreto, dall'impresa interessata, ove esso si basi su criteri ragionevoli, comunemente accolti da contabili, economisti o autorità di regolazione e applicati coerentemente.

8.4. La durata del periodo di riferimento

Le considerazioni svolte *supra* circa la definizione di un appropriato test di prezzo consentono di rivisitare l'annosa *querelle* sulla durata critica del

---

dei diversi prodotti, a meno che altri metodi siano utilizzati per ragioni obiettive nel settore interessato, o la condotta abusiva falsi l'allocazione basata sul valore delle vendite (cfr. *DG Competition discussion paper*, cit., § 65).

[417] Cfr. D. RIDYARD, *The European Commission's Article 82 Guidelines: Some Reflections on the Economic Issues*, cit.

[418] Cfr. P.E. AREEDA-H. HOVENKAMP-E. ELHAUGE, *op. cit.*, ¶ 1758f, 335; W.J. BAUMOL-M.F. KOEHN-D.W. ROBERT, *op. cit.*

[419] Ciò potrebbe accadere, in particolare, quando i vantaggi di costo dell'impresa dominante derivino dall'attività svolta in uno o più mercati nei quali i rivali non potrebbero ragionevolmente entrare, per vincoli normativi o insormontabili barriere economiche. Di norma, il rischio di simili asimmetrie nella struttura dei costi degli operatori del settore è più significativo nei mercati recentemente liberalizzati e assoggettati a forme di regolazione, nei quali misure di natura regolatoria potrebbero stabilire – in maniera più efficace dell'intervento antitrust – i limiti che devono essere rispettati dalle imprese dominanti nella definizione delle proprie politiche di prezzo per promuovere l'ingresso e l'espansione di operatori minori.

periodo di riferimento. Secondo la *communis opinio* invalsa anteriormente agli Orientamenti, la lunghezza dell'arco temporale di riferimento, pur non essendo determinante ai fini del giudizio d'illiceità, rappresenta un importante fattore d'analisi, in quanto i costi di sostituzione – e, di riflesso, gli effetti escludenti del sistema – tendono ad aumentare al crescere del *reference period* e del lasso di tempo già trascorso[420]. Per quanto concerne la soglia oltre la quale la durata del periodo di riferimento diventa eccessiva, in assenza di chiare indicazioni giurisprudenziali, la letteratura giuseconomica tradisce analoga incertezza: secondo parte della dottrina, non vi sarebbe alcuna giustificazione per versare sconti e abbuoni dopo la scadenza dei termini di pagamento[421]; altri ritengono, invece, che la durata critica non possa essere stabilita in astratto, bensì debba essere determinata, di volta in volta, con riferimento alla frequenza degli ordini nell'industria interessata, onde verificare se il sistema di sconti comporti il *bundling* di un significativo numero di acquisti[422].

In dottrina, peraltro, è stato precisato che, ai fini del calcolo dei costi di sostituzione, rileva non già la durata del periodo di riferimento, bensì esclusivamente il tasso di sconto e il quantitativo soglia. Infatti, l'ammontare dei costi di sostituzione è una funzione crescente dell'aliquota, sulla cui base è calcolato il beneficio, e del volume di acquisti effettuati sino a ogni particolare momento[423]. Vero che i costi di sostituzione tendono a essere maggiori verso la fine del periodo di riferimento, giacché l'andamento degli acquisti è sovente correlato al decorso del tempo, ma la durata del periodo di riferimento costituisce, al più, un'indiretta approssimazione del potenziale escludente del sistema, dal limitato valore indiziario, posto che: (i) i quantitativi associati a un determinato arco temporale variano da un'industria all'altra; e (ii) in alcuni

[420] In dottrina, nel senso che una durata significativa del periodo di riferimento costituisce un fattore che tende ad accrescere il potenziale escludente della pratica, allorché gli sconti concessi dall'impresa dominante siano calcolati in modo retroattivo sull'intero fatturato imputabile al cliente, cfr. C. ROQUES, *op. cit.* Peraltro, parte della dottrina ritiene che l'esistenza di un periodo di riferimento rilevi, principalmente, perché genera incertezza circa il prezzo finale d'acquisto, non soltanto verso la fine dell'arco temporale, ma durante tutta la sua durata, determinando uno stato d'insicurezza che limita la libertà di scelta dei clienti. In tale ottica, il solo modo per eliminare del tutto l'effetto fidelizzante della pratica sarebbe collegare i *rebates* ai volumi acquistati in singole transazioni: cfr. L. GYSELEN, *op. cit.*

[421] Cfr. C. ROQUES, *op. cit.*

[422] Cfr. L. GYSELEN, *op. cit.*

[423] Cfr. F.P. MAIER-RIGAUD, *Switching Costs in Retroactive Rebates – What's time got to do with it*, cit.

mercati, gli acquisti possono essere concentrati in uno o più periodi particolari dell'anno[424].

In conclusione, i costi di sostituzione tendono ad aumentare al crescere del volume di acquisti già effettuati, del quale il tempo trascorso dall'inizio del periodo di riferimento rappresenta un indice, la cui affidabilità dipende dalle caratteristiche delle singole industrie e, in particolare, dalla regolarità degli approvvigionamenti[425]. All'avvicinarsi della soglia, inoltre, la porzione contendibile della domanda dell'acquirente diminuisce, costringendo il rivale a distribuire lo sconto concesso dall'impresa dominante su volumi inferiori. Ne discende che, in un sistema di sconti fidelizzanti retroattivi, l'aumento del volume di acquisti già effettuati e, indirettamente, il decorso del tempo tendono ad aggravare l'effetto escludente, perché determinano un accrescimento dei costi di sostituzione per il cliente e, riducendo la porzione della sua domanda cui possono accedere i concorrenti nel corso del periodo di riferimento, obbligano questi ultimi a distribuire il relativo onere su quantitativi decrescenti.

Ciò posto, la rilevanza del volume di acquisti effettuati sino a ogni particolare momento – e, indirettamente, del decorso del tempo – varia in relazione al grado di contendibilità della domanda dell'acquirente. Nel caso in cui una parte significativa della domanda sia monopolizzata, l'ammontare di acquisti già effettuati appare relativamente poco importante: in ogni caso, il mancato raggiungimento delle soglie comporterebbe la perdita di un vantaggio finanziario computato su un ingente volume di acquisti; al contempo, il concorrente non potrebbe distribuire lo sconto su un quantitativo eccedente la – relativamente modesta – porzione contendibile del fabbisogno dell'acquirente. Soltanto a seguito del superamento della quota monopolizzata del fabbisogno, il progressivo aumento degli acquisti effettuati nel corso del periodo di riferimento aggrava la portata fidelizzante del sistema, accrescendo i costi di sostituzione e riducendo ulteriormente la porzione contendibile della domanda del cliente nel periodo di riferimento.

---

[424] *Id.* Alcuni studi di economia comportamentale sembrano confermare che la lunghezza del periodo di riferimento non incide, in quanto tale, sul potenziale escludente di una politica di sconti fidelizzanti: cfr. A. MORELL-A. GLÖCKNER-E. TOWFIGH, *op. cit.*

[425] Quanto esposto vale con riferimento all'ipotesi classica di un sistema di sconti *target* o fedeltà retroattivi. L'andamento degli *switching cost* dipende dal meccanismo di incentivi istituito, in concreto, dall'impresa egemone. In alcuni casi, i costi di sostituzione possono essere decrescenti all'aumentare degli acquisti già effettuati (e quindi, indirettamente, del lasso temporale trascorso dall'inizio del periodo di riferimento). Ad esempio, in *Tekal/Italcementi* (Autorità 9 febbraio 1995, n. 2793 (A76), cit.), l'impresa dominante aveva previsto, nei contratti di somministrazione stipulati con la clientela, uno sconto lineare, abbinato a una penale applicabile a ogni tonnellata acquistata in meno rispetto a un quantitativo minimo prestabilito: in siffatto sistema, i costi di sostituzione imposti al cliente erano particolarmente elevati all'inizio del periodo di riferimento e tendevano a diminuire con l'approssimarsi del *target*.

Nell'ipotesi opposta in cui l'intera domanda del cliente sia contendibile, il livello dei costi di sostituzione e la capacità di assorbimento dei rivali dipendono esclusivamente dai quantitativi acquistati sino a ogni particolare momento: all'inizio del periodo di riferimento, i concorrenti si trovano in condizioni di parità con l'impresa egemone; verso la sua fine, contrastare il sistema d'incentivi diviene vieppiù difficile, per la necessità d'offrire ribassi percentuali crescenti su quantitativi sempre più ridotti. Ove gli ordini siano distribuiti in modo relativamente regolare lungo l'arco temporale di riferimento, il tempo trascorso dall'inizio del periodo rilevante può essere un indice dei quantitativi acquistati sino a quel momento e, quindi, dei costi di sostituzione e della capacità di assorbimento dello sconto da parte dei rivali. Inoltre, la durata del periodo di riferimento indica gli intervalli di tempo ai quali il concorrente può formulare un'offerta al cliente, in condizioni di assoluta parità rispetto all'impresa egemone.

Ciò nondimeno, la durata del periodo di riferimento assume limitato rilievo ai fini dell'analisi del potenziale escludente di un sistema di sconti fidelizzanti. Ove la totalità o larga parte della domanda dell'acquirente sia contendibile, anche una durata relativamente prolungata dell'arco temporale di riferimento – pari, ad esempio, a un anno – non sembra atta a sollevare intollerabili barriere all'ingresso o all'espansione dei rivali, posto che: (i) quantomeno nella fase iniziale, un concorrente altrettanto efficiente potrebbe essere in grado di compensare l'acquirente per la perdita totale o parziale degli sconti; e (ii) in ogni caso, i rivali possono competere per assicurarsi almeno parte della domanda del cliente alla scadenza del periodo di riferimento.

Pertanto, una durata prolungata del periodo di riferimento, di per sé, non costituisce una base solida per l'intervento antitrust. Un periodo di riferimento pari a un anno potrebbe ritardare l'accesso o l'espansione dei concorrenti per alcuni mesi, ma alla sua scadenza i rivali, consapevoli della strategia dell'impresa dominante, potrebbero modificare la propria politica commerciale di conseguenza[426]. Periodi di riferimento più lunghi potrebbero teoricamente creare maggiori ostacoli per gli altri operatori, ma potrebbero rivelarsi impraticabili o scarsamente efficaci, poiché il fornitore non potrebbe adeguare le soglie ai cambiamenti del mercato e alle fluttuazioni della domanda con sufficiente frequenza. D'altro canto, una breve durata del periodo di

[426] Secondo gli Orientamenti sulle concentrazioni orizzontali, l'ingresso di nuovi concorrenti sul mercato può esercitare, di regola, un contrappeso concorrenziale sufficiente a prevenire l'esercizio del potere di mercato ove possa aver luogo entro un termine non superiore a due anni. Cfr. *Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali*, cit., § 74. Cfr., altresì, *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, cit., § 117, ove si afferma che le barriere all'accesso possono essere considerate basse se è probabile che entro uno o due anni si verifichi l'ingresso di nuovi operatori.

riferimento non implica l'assenza di rischi sul piano concorrenziale, posto che il vincolo potrebbe essere periodicamente rinnovato alla scadenza[427]. Inoltre, in condizioni di domanda volatile e soggetta a fluttuazioni nel corso del tempo, un periodo di riferimento breve può consentire al fornitore di adattare, con maggior frequenza, la misura degli obiettivi d'acquisto al mutato scenario di mercato, in modo da preservare la funzione incentivante del sistema[428].

8.5. Alcuni ulteriori fattori d'analisi

Alcuni ulteriori fattori, cui è stata talvolta attribuita rilevanza nella prassi applicativa, possono contribuire all'analisi della portata fidelizzante di un sistema di sconti, pur non rilevando ai fini dell'accertamento della natura sottocosto del prezzo effettivo praticato per le unità contendibili della domanda dei clienti. L'esiguità dei margini dei distributori del settore, che secondo la prassi decisionale acuirebbe il carattere fidelizzante della pratica, non incide sulla stima della replicabilità dell'offerta, ma può rappresentare un fattore che influisce, sul piano psicologico, sulle scelte dei rivenditori, scoraggiando ulteriormente la differenziazione delle fonti d'approvvigionamento. Sulla stessa linea, lo stato d'incertezza generato dalla mancanza di trasparenza e dalla discrezionalità nell'applicazione del sistema potrebbe incidere sulla propensione degli acquirenti a differenziare le proprie fonti d'approvvigionamento, accrescendo la pressione che induce gli stessi a raggiungere gli obiettivi e ostacolando la comparazione tra i prezzi praticati dai diversi fornitori[429]. In ogni caso, si tratta di un argomento che non si presta a facili generalizzazioni. In condizioni d'incertezza, infatti, i costi di sostituzione imposti al cliente potrebbero essere inferiori, posto che lo stato d'insicurezza circa l'effettiva possibilità di raggiungere il *target* potrebbe ridurre il beneficio atteso generato dal sistema di sconti[430].

---

[427] Cfr. Commissione 13 maggio 2009, caso COMP/37.990, *Intel*, cit.

[428] Cfr. A. MAJUMDAR-S. BISHOP-D. RIDYARD-I. WILLIAMS-U. AKGUN, *op. cit.*

[429] Nel senso che lo stato d'incertezza generato da un sistema di sconti rappresenta un aspetto cruciale nell'analisi del potenziale fidelizzante di un sistema di sconti, cfr. L. GYSELEN, *op. cit.*; *contra*, nel presupposto che ciò che rileva è l'importo dei costi di sostituzione imposti al cliente, v. J. KALLAUGHER-B. SHER, *op. cit.*

[430] Cfr. F.P. MAIER-RIGAUD, *Switching Costs in Retroactive Rebates – What's time got to do with it*, cit.

8.6. Lo standard probatorio e il ruolo di un test di prezzo nell'analisi degli sconti fidelizzanti

In prima battuta, le politiche di sconti dovrebbero essere analizzate alla stregua dei principî generali in tema di prezzi predatori. Gli sconti fidelizzanti di carattere non predatorio dovrebbero beneficiare di una presunzione di liceità, superabile soltanto allorché sia possibile dimostrare che rivali efficienti non possono rispondere alla politica commerciale dell'impresa egemone.

La verifica della possibilità di rispondere all'offerta dell'impresa dominante può rivelarsi estremamente complessa e incerta, soprattutto nel caso degli sconti retroattivi. L'applicazione di un adeguato test di prezzo postula la disponibilità di un set di dati e informazioni complete, dettagliate e, sovente, non agevolmente disponibili, se non confidenziali, circa l'offerta dei concorrenti, i comportamenti degli acquirenti, le preferenze dei consumatori e i costi dell'impresa dominante. Inoltre, la possibilità di formulare un'offerta competitiva dovrebbe essere analizzata, in linea di principio, con riferimento a ciascun singolo cliente. Ove gli acquirenti siano numerosi, abbiano preferenze e abitudini d'acquisto eterogenee e non possano essere raggruppati in un limitato numero di categorie, può essere estremamente difficile, se non impossibile, accertare con ragionevole approssimazione se il prezzo effettivo della parte rilevante sia inferiore a un'appropriata misura dei costi con riferimento a ciascun singolo cliente.

Qualora stimare l'impatto del sistema su tutti i clienti interessati sia impossibile, le autorità antitrust e gli attori potranno tentare di provare che la pratica può escludere concorrenti in grado d'operare ai medesimi livelli di costo applicando un adeguato test di prezzo a casi specifici, riguardanti i clienti più importanti, di maggiori dimensioni o rappresentativi di categorie omogenee di acquirenti. Parallelamente, nel tentativo di smontare le tesi accusatorie, le imprese dominanti potranno stimare il prezzo effettivo della parte rilevante del fabbisogno dei clienti in casi esemplari o di particolare rilievo, per dimostrare che, in realtà, rivali altrettanto efficienti sul piano produttivo sarebbero in grado di competere. La solidità dell'impianto probatorio predisposto dalle autorità antitrust e dalle parti sarà maggiore quando le stime del prezzo effettivo della parte rilevante: (i) riguardino una significativa porzione degli acquirenti o, pur interessando un limitato novero di casi, i suoi risultati possano essere ragionevolmente generalizzati a categorie di clienti più ampie; e (ii) si basino su dati e informazioni sufficientemente completi, accurati, precisi e affidabili.

In diversi casi, l'applicazione di un test di prezzo adeguatamente strutturato potrebbe rivelarsi eccessivamente complessa e incerta o, comunque, non fornire riscontri probatori sufficientemente completi, solidi e attendibili. Il significativo margine di errore e apprezzamento insito in tali analisi e l'elevata

sensibilità del test di prezzo alle ipotesi di partenza circa l'estensione della porzione contendibile e della parte rilevante della domanda suggeriscono di vagliare con particolare cautela i risultati delle verifiche svolte. Un test di prezzo adeguatamente strutturato e basato su informazioni attendibili può fornire utili indicazioni, ma difficilmente potrebbe rappresentare un fattore risolutivo nell'apprezzamento di una politica di sconti[431]. Nella normalità dei casi, l'accertamento di un'infrazione alla disciplina antimonopolistica deve essere fondato su un'analisi non soltanto quantitativa, ma anche qualitativa, basata su ulteriori elementi probatori atti a dimostrare, con un ragionevole grado di certezza, che concorrenti altrettanto efficienti sul piano produttivo non sarebbero in grado di competere.

Uno degli elementi indiziari utilizzabili a tal fine è l'esistenza di effetti escludenti attuali. L'uscita dei concorrenti o la riduzione delle loro quote di mercato a seguito dell'avvio della pratica, l'assenza di nuovi ingressi e il fatto che pressoché tutti gli acquirenti interessati abbiano raggiunto, o fatto del loro meglio per raggiungere, le soglie fissate dall'impresa dominante testimoniano che la politica di sconti ha avuto, verosimilmente, un impatto sui mercati interessati. Tuttavia, l'esistenza di effetti escludenti attuali riveste, di per sé, un limitato valore probatorio: da un lato, l'espansione della quota di mercato dell'impresa dominante e la parallela riduzione di quella degli antagonisti potrebbe dipendere, almeno in parte, da fattori e variabili estranee alla politica commerciale contestata, quali un miglioramento qualitativo dei beni o servizi dell'operatore egemone, cambiamenti nella domanda e nelle preferenze dei consumatori, prezzi troppo elevati o minor qualità dei prodotti dei rivali e scelte gestionali o di *marketing* inappropriate; dall'altro, anche qualora sia possibile stabilire un adeguato legame eziologico tra la condotta e l'evoluzione delle quote di mercato relative, sarebbe comunque necessario dimostrare che la pratica non costituisce una legittima forma di concorrenza basata sui meriti.

Per contro, ove una politica di sconti sia stata attuata per un significativo lasso di tempo, l'assenza di effetti escludenti dovrebbe comportare una presunzione di compatibilità con la disciplina antimonopolistica. L'espansione delle quote di mercato dei concorrenti, l'entrata di nuovi operatori e l'esistenza di diversi casi in cui un rivale abbia sottratto all'impresa egemone

[431] Per altro verso, gli studi di economia comportamentale suggeriscono che, anche qualora concorrenti efficienti siano in grado di formulare offerte competitive, un sistema di sconti fidelizzanti potrebbe generare una riluttanza dei clienti a cambiare fornitore, soprattutto quando gli acquirenti sono piccoli operatori e le decisioni sono assunte da singoli individui. In alcuni casi, ciò potrebbe costringere i concorrenti a offrire ai clienti una riduzione del prezzo sufficiente non soltanto a compensare la perdita dello sconto offerto dall'impresa egemone, ma anche a neutralizzare l'ulteriore forza attrattiva esercitata dal sistema di incentivi. Cfr. A. MORELL-A. GLÖCKNER-E. TOWFIGH, *op. cit.* Peraltro, le indagini di economia comportamentale sul punto sono ancora troppo poco sviluppate per trarne chiare indicazioni di *policy*.

clienti coperti dal sistema di sconti, o una parte significativa del loro fabbisogno, testimoniano che, con ogni probabilità, la pratica non era idonea a precludere l'accesso alla clientela da parte di concorrenti altrettanto efficienti o, quantomeno, il grado di *foreclosure* era limitato. In casi simili, è opportuno partire da una presunzione di assenza di effetti restrittivi, per superare la quale non ci si può limitare a evocare, in modo generico e superficiale, un ipotetico scenario fattuale alternativo caratterizzato da una maggior crescita dei rivali, come fatto in diverse occasioni dalle autorità antitrust e dai giudici europei e nazionali, ma occorre fornire elementi probatori particolarmente solidi e convincenti circa la situazione di mercato che si sarebbe verificata in assenza della condotta contestata.

Ulteriori possibili elementi indiziari dell'idoneità della pratica a escludere concorrenti altrettanto efficienti sono: (i) un alto tasso di sconto; (ii) un elevato rapporto fra il prezzo del prodotto interessato e il margine derivante dalla commercializzazione dello stesso[432]; (iii) la verosimile esistenza di una significativa porzione non contendibile del fabbisogno della totalità o di una rilevante parte della clientela; e (iv) il fatto che uno o più significativi concorrenti non siano in grado di competere per l'intera porzione contendibile del fabbisogno dei clienti. Per converso, nel senso che il potenziale escludente della pratica è limitato, potrebbero deporre fattori quali la modesta entità del tasso di sconto, il ridotto rapporto fra il prezzo del prodotto interessato e il margine derivante dalla commercializzazione dello stesso e la capacità dei rivali di competere per la totalità o, comunque, per larga parte del fabbisogno dei clienti.

Ove gli effetti escludenti riscontrati e gli elementi indiziari raccolti inducano a ritenere, con un ragionevole grado di certezza, che la pratica possa essere anticompetitiva, incomberebbe sull'impresa dominante l'onere di provare che concorrenti efficienti sarebbero in grado di competere e, pertanto, la condotta commerciale integra una legittima forma di concorrenza basata sui meriti.

Qualora non sia raggiunta la prova dell'idoneità della pratica a escludere concorrenti altrettanto efficienti sul piano produttivo, le autorità antitrust e gli attori avrebbero comunque la possibilità di dimostrare che, sebbene i rivali possano in teoria formulare un'offerta competitiva, gli stessi non avrebbero sufficienti incentivi a competere per le unità contendibili del

[432] Al crescere del prezzo del prodotto interessato, infatti, aumenta il valore dello sconto complessivo concesso dall'impresa dominante. Al contempo, i margini derivanti dalla vendita di tale prodotto costituiscono la base finanziaria a disposizione dei concorrenti per assorbire lo sconto complessivo concesso dall'impresa dominante e persuadere i clienti a differenziare le loro fonti d'approvvigionamento. Pertanto, al ridursi di tali margini, il potenziale escludente del sistema di sconti aumenta.

fabbisogno dei clienti al di sotto delle soglie, in quanto incamererebbero maggiori profitti fornendo esclusivamente le unità al di sopra degli obiettivi a un prezzo più elevato.

In conclusione, l'applicazione di un test di prezzo adeguatamente strutturato rappresenta un passaggio obbligato dell'analisi e lo strumento privilegiato per dimostrare l'idoneità escludente della pratica. Tuttavia, nella normalità dei casi, un test di prezzo non può fungere da *safe harbor* per le imprese, né fornire indicazioni univoche alle autorità e alle corti competenti, bensì rappresenta soltanto un elemento del complessivo quadro probatorio, composto da fattori quantitativi e qualitativi, su cui le autorità antitrust e i giudici possono fondare il proprio convincimento. Ove siano disponibili sufficienti dati e informazioni, un'analisi quantitativa, fondata sull'applicazione di un appropriato test di prezzo, costituisce il principale strumento di valutazione della condotta. Qualora il test di prezzo sia applicabile soltanto ad alcuni clienti o presenti un margine d'errore significativo, l'analisi dovrà necessariamente essere integrata da elementi indiziari dell'idoneità escludente della pratica. Infine, nei casi in cui non sia possibile utilizzare un test di prezzo adeguatamente strutturato, la valutazione della condotta non potrà che fondarsi esclusivamente sugli elementi indiziari disponibili.

In ogni caso, la prova della capacità di precludere l'accesso a uno o più clienti determinati non consente di concludere che la pratica sia anticompetitiva: a tal fine, infatti, occorre dimostrare, in aggiunta, che la condotta contestata è idonea a produrre un effetto di preclusione significativo e può comportare un pregiudizio per la concorrenza e i consumatori, in conseguenza del rafforzamento o del mantenimento del potere di mercato dell'impresa egemone.

9. La portata della preclusione e l'impatto della pratica sul complessivo grado di concorrenza e sul potere di mercato dell'impresa dominante

Pur precludendo l'accesso alla clientela da parte di concorrenti altrettanto efficienti, una politica di sconti fidelizzanti non minaccia di sollevare intollerabili barriere all'entrata o all'espansione ove la portata della *foreclosure* non sia significativa[433]. In Europa, l'ideale di matrice ordo-liberale della libertà d'accesso e d'espansione delle imprese minori ha indotto le istituzioni europee e nazionali a tacciare d'illiceità ogni condotta astrattamente idonea a ostacolare

[433] Cfr., *inter alia*, G. FAELLA, *The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates*, cit.; D. GERADIN, *A Proposed Test for Separating Pro-Competitive Conditional Rebates from Anti-Competitive Ones*, cit.

i rivali[434]: in un approccio strutturalista, incentrato sulla salvaguardia dell'assetto concorrenziale dei mercati e delle possibilità d'ingresso di nuovi operatori, la limitazione della libertà di scelta delle fonti d'approvvigionamento da parte dei clienti tende a esser sufficiente, di per sé, ad attirare gli strali dell'antitrust, indipendentemente dalla portata della preclusione e dall'effettiva consistenza delle barriere all'entrata. L'approccio strutturalista è stato ribadito, negli ultimi anni, dalle sentenze del Tribunale e della Corte di Giustizia in *Tomra*, che hanno affermato, in linea di principio, la rilevanza antitrust di una pratica fidelizzante indipendentemente dalla portata della preclusione dell'accesso al mercato[435].

Tale approccio non è condivisibile. La portata escludente di un sistema di sconti deve essere valutata con riferimento al mercato interessato, piuttosto che al singolo cliente[436]. Anche qualora i concorrenti non siano in grado di neutralizzare i costi di sostituzione imposti agli acquirenti, non si può prescindere dal verificare se il sistema precluda l'accesso ad una porzione consistente del mercato e determini significative barriere all'ingresso o all'espansione[437]. Se sul mercato continuano a essere presenti operatori alternativi in grado di esercitare una sufficiente pressione concorrenziale, una pratica fidelizzante non arreca un pregiudizio agli interessi dei clienti, ivi inclusi quelli legati all'impresa dominante in esclusiva totale o parziale, i quali, proprio in quanto rinunciano a una maggior libertà di scelta, devono essere compensati attraverso adeguate riduzioni del prezzo[438].

In tale ottica, è necessario indagare una serie di fattori che incidono sulle possibilità d'ingresso e di sviluppo dei rivali, quali il numero e la quota di mercato dei clienti vincolati e la porzione del loro fabbisogno coperta dal

---

[434] In tale ottica, la Corte di Giustizia ha sancito che, ove la struttura concorrenziale di un mercato sia già indebolita dalla presenza di una posizione d'egemonia, qualsiasi ulteriore restrizione del residuo grado di concorrenza esistente può integrare un abuso: cfr. Corte Giust. 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, cit., § 123.

[435] Cfr. Corte Giust. 19 aprile 2012, causa C-549/10 P, *Tomra e altri/ Commissione*, cit., § 42; Trib. UE 9 novembre 2011, causa T-155/06, *Tomra/Commissione*, cit., § 241.

[436] Sull'importanza di un significativo grado di preclusione nell'apprezzamento degli effetti anticompetitivi delle pratiche verticali, cfr. D.A. CRANE-G. MIRALLES, *Toward a Unified Theory of Exclusionary Vertical Restraints*, in *Southern California Law Review*, 2011, 605; nella giurisprudenza nordamericana, cfr., *ex plurimis*, *Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 69 (D.C. Cir. 2001).

[437] L'analisi della portata della *foreclosure* non deve necessariamente seguire la verifica della capacità d'escludere concorrenti altrettanto efficienti: nei casi in cui appaia evidente sin dal principio che il sistema di sconti copre una porzione limitata della domanda di mercato, non è necessario effettuare ulteriori approfondimenti.

[438] Cfr. B. KLEIN, *Exclusive Dealing as Competition for Distribution on the Merits*, cit.

sistema di sconti. Nei casi in cui i clienti sono distributori, occorre valutare, altresì, l'eventuale esistenza e il grado d'efficienza di canali commerciali o sbocchi alternativi, la possibilità di effettuare vendite dirette ai consumatori[439], nonché la presenza di barriere all'ingresso nel settore distributivo che ostacolino politiche d'integrazione verticale.

Gli Orientamenti riconoscono l'importanza della portata delle vendite interessate dalla condotta contestata nell'apprezzamento della preclusione, ma non forniscono indicazioni circa le soglie di rilevanza[440]. In *Van den Bergh Foods*, il Tribunale UE ha ritenuto rilevante, nel quadro di un'analisi complessiva del contesto di mercato, una quota vincolata pari al 40%, ma ha precisato che siffatto grado di preclusione non implica automaticamente l'esistenza di significativi effetti restrittivi[441]. In *Tomra*, le corti europee hanno ritenuto che la copertura di una porzione della domanda pari al 40% fosse sufficiente a restringere l'accesso di altri operatori, limitarne la crescita e ridurre la pressione competitiva nel mercato[442]. La giurisprudenza statunitense non offre indicazioni chiare sul grado di preclusione necessario a integrare una violazione della disciplina antimonopolistica[443], ma di norma livelli di *foreclosure* inferiori al 30% o al 40% superano il vaglio antitrust[444]. Il Section 2 Report del DOJ ha indicato come soglia di sicurezza in tema di *exclusive*

---

[439] La vendita diretta può essere un'opzione realistica sul piano commerciale qualora gli acquirenti abbiano dimensioni significative, le economie di gamma e la densità dei punti vendita siano relativamente poco importanti e lo stadio della distribuzione aggiunga un modesto valore al prodotto: cfr. A. MAJUMDAR-S. BISHOP-D. RIDYARD-I. WILLIAMS-U. AKGUN, *op. cit.* La costante crescita dell'economia *on-line* e l'uso di Internet come canale commerciale, che consente alle imprese di raggiungere i consumatori direttamente e a minori costi, ha progressivamente ridotto le barriere all'accesso nel settore distributivo e accresciuto il rilievo strategico delle vendite dirette.

[440] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 20.

[441] Cfr. Trib. UE 23 ottobre 2003, causa T-65/98, *Van den Bergh Foods/Commissione*, in *Raccolta*, 2003, II-4653, §§ 98-118, 160.

[442] Cfr. Trib. UE 9 novembre 2011, causa T-155/06, *Tomra/Commissione*, cit., § 243; Corte di Giustizia 19 aprile 2012, causa C-549/10 P, *Tomra e altri/ Commissione*, cit., §§ 44-45.

[443] Cfr. H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, West Group, St. Paul, 2005.

[444] Cfr., ad esempio, *B & H Med., LLC v. ABP Administration, Inc.*, 526 F.3d 257, 266 (6th Cir. 2008); *Natchitoches Parish Hosp.*, 2009 WL 4061631. Cfr. anche International Competition Network, *Report on Single Branding/Exclusive Dealing*, The Unilateral Conduct Working Group, presentato alla Settima Conferenza Annuale dello ICN, Kyoto, aprile 2008, 11, secondo cui, nella prassi statunitense, raramente livelli di preclusione inferiori al 50% danno origine a una responsabilità antitrust.

dealing un grado di preclusione inferiore al 30%[445]. Analoghi livelli di preclusione sono stati considerati rilevanti da parte della dottrina[446].

In realtà, il grado di preclusione che esclude, o può giustificare, l'intervento antitrust non è determinabile *a priori*, posto che, per individuare una soglia critica, è necessario svolgere un'analisi approfondita delle concrete caratteristiche del mercato interessato, che tenga conto, in particolare, delle dimensioni minime necessarie per operare nel settore[447]. Peraltro, il fatto che la porzione del mercato non coperta da un sistema di sconti sia superiore alle dimensioni minime efficienti non implica che la pratica non possa avere effetti anticompetitivi. Da un lato, infatti, in un contesto caratterizzato da una limitata contendibilità di parte della domanda, i rivali potrebbero non avere reali possibilità d'accedere all'intera porzione del mercato non coperta da un sistema di sconti. Dall'altro, la preclusione di una porzione significativa della domanda potrebbe facilitare la creazione o il mantenimento di un oligopolio ristretto, che potrebbe tradursi in prezzi d'equilibrio più elevati in uno scenario *à la cournot* o facilitare fenomeni di *price leadership*.

Inoltre, non è necessario che la pratica sia atta a escludere *tout court* uno o più concorrenti dal mercato: la politica di sconti potrebbe determinare un innalzamento dei costi dei concorrenti, impedendo loro il raggiungimento di economie di scala o precludendogli l'accesso ai canali distributivi più efficienti[448]; ancora, la contrazione della domanda residua, cagionata dalla

---

[445] Cfr. Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, cit., 141. Una soglia di rilevanza del 30% sembrerebbe trovare supporto, in Europa, nell'accordo *Distrigaz* (caso COMP B-1/37966, 11 ottobre 2007).

[446] Cfr. J.D. WRIGHT, *Antitust Law and Competition for Distribution*, in *Yale Journal on Regulation*, 2006, 169, che propone l'adozione di un *safe harbor* applicabile a tutti gli accordi che precludono l'accesso a meno del 40% del mercato; cfr. anche ID., *An Evidence-Based Approach to Exclusive Dealing and Loyalty Discounts*, in *Global Competition Policy*, luglio 2009; analoga soglia di rilevanza è suggerita, con riferimento agli sconti leganti, da B. KLEIN-A.V. LERNER, *The law and economics of bundled pricing:* LePage's, PeaceHealth, *and the evolving antitrust standard*, in *Antitrust Bulletin*, 2008, 555.

[447] Nelle industrie in cui il raggiungimento di economie di scala non è essenziale per operare in modo profittevole, anche tassi di preclusione significativi potrebbero non condurre all'esclusione o alla marginalizzazione dei rivali: cfr. D.W. CARLTON, *A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal – Why* Aspen *and* Kodak *are Misguided*, in *Antitrust Law Journal*, 2001, 659; sull'importanza della prevenzione del raggiungimento di una scala minima effeciente nell'analisi delle condotte escludenti, cfr. anche, *ex multis*, ID., *An Evidence-Based Approach to Exclusive Dealing and Loyalty Discounts*, cit.

[448] Cfr., *inter alia*, W.K. TOM-D.A. BALTO-N.W. AVERITT, *op. cit.*; E. ELHAUGE, *Defining Better Monopolization Standards*, cit.; ID., *Antitrust Analysis of GPO Exclusionary Agreements*, Statement for DOJ/FTC Hearing on Group Purchasing Organizations, 26 settembre 2003, disponibile sul sito Internet http://ftc.gov/os/comments/healthcarecomments2/elhauge.pdf.

preclusione dell'accesso a una porzione consistente del mercato, potrebbe diminuire i profitti attesi e, quindi, indurre i rivali a investire meno in capacità produttiva, ricerca e sviluppo e attività promozionali, sì da affievolire la pressione concorrenziale esercitata dagli stessi[449]. L'andamento delle vendite e delle quote di mercato dell'impresa egemone e dei suoi rivali prima e dopo l'inizio dell'attuazione della pratica, le politiche d'investimento e di crescita dei concorrenti e l'eventuale ingresso di altri operatori potrebbero fornire rilevanti elementi di prova circa la reale consistenza delle barriere all'accesso e all'espansione sollevate da un sistema di sconti.

Il divieto di una politica di sconti dovrebbe essere subordinato non soltanto alla prova di un apprezzabile grado di preclusione, ma anche alla dimostrazione del fatto che l'esclusione totale o parziale dei rivali o, comunque, la limitazione della loro capacità di competere possono avere riflessi più estesi sul sistema concorrenziale nel suo complesso, traducendosi nel rafforzamento o nella conservazione del potere di mercato dell'impresa egemone, a detrimento degli interessi dei consumatori[450]. L'accertamento di un nesso eziologico tra il pregiudizio arrecato a uno o più concorrenti e la riduzione del grado di concorrenza, con conseguente lesione degli interessi dei consumatori, postula un'indagine a compasso allargato circa la struttura e le caratteristiche del mercato interessato, che tenga conto di fattori quali la posizione dell'impresa egemone, la rilevanza concorrenziale dei rivali (potenzialmente) danneggiati, la presenza di altri operatori capaci d'esercitare un'effettiva pressione competitiva, la sussistenza di ostacoli all'accesso o all'espansione, nonché il possibile innalzamento di barriere strategiche all'entrata mediante la condotta escludente.

Lo svolgimento di un'adeguata e approfondita analisi dell'impatto concorrenziale degli sconti consente di superare la questione dell'esistenza di una ragionevole possibilità di *recoupment*. La pratica può essere immediatamente profittevole per l'impresa dominante o, comunque, non comportare alcuna riduzione dei profitti, posto che la concessione degli sconti potrebbe accompagnarsi a un incremento del livello dei prezzi iniziali, in modo da mantenere sostanzialmente invariati i margini incamerati dal fornitore. In tali ipotesi, non avrebbe senso richiedere la specifica prova di una ragionevole possibilità di recupero delle perdite[451].

---

[449] Cfr. D. SPECTOR, *Loyalty Rebates and Related Pricing Practices: When Should Competition Authorities Worry?*, cit.; E. ELHAUGE, *Antitrust Analysis of GPO Exclusionary Agreements*, cit.

[450] «[D]*isadvantaging or even excluding competitors through the use of fidelity discounts need not harm consumers*»: v. OECD, *Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates*, cit., 8.

[451] In tal senso, cfr. N. ECONOMIDES, *Loyalty/requirement rebates and the Antitrust Modernization Commission: What is the appropriate liability standard?*, cit.

La questione della possibilità di recupero potrebbe porsi quando la condotta contestata determina una riduzione dei profitti. Peraltro, se il requisito del *recoupment* fosse inteso nel senso che gli attori e le autorità antitrust debbano fornire la specifica prova della possibilità d'incamerare profitti futuri superiori ai costi della pratica contestata, dopo aver attualizzato il flusso dei ricavi, l'accertamento di un'infrazione presupporrebbe il soddisfacimento di un onere probatorio particolarmente elevato e potrebbe sconfinare in valutazioni di carattere speculativo[452]. Inoltre, un'interpretazione rigorosa del requisito del *recoupment* presuppone una perfetta razionalità delle imprese interessate, laddove nella realtà le decisioni strategiche possono essere fondate su valutazioni erronee o dettate da motivazioni personali dei dirigenti, i cui interessi non coincidono necessariamente con quelli delle società amministrate.

Tuttavia, le autorità antitrust e gli attori dovrebbero dimostrare che la pratica contestata consente all'impresa dominante di rafforzare il proprio potere di mercato o prevenirne l'erosione in virtù dell'eliminazione o della limitazione della capacità competitiva dei rivali, in modo da praticare, in ultima istanza, prezzi più elevati di quelli che sarebbero prevalsi in assenza della condotta contestata. Una simile analisi dovrebbe costituire parte integrante della valutazione dell'impatto concorrenziale di qualsiasi politica di sconti, indipendentemente dal fatto che la pratica comporti perdite o minori profitti nel primo stadio.

10. L'eventuale esistenza di una giustificazione commerciale

Anche qualora una politica di sconti sia atta a ledere i rivali e, per tale via, a rafforzare o preservare il potere di mercato dell'impresa dominante, quest'ultima dovrebbe avere la possibilità di sottrarsi a qualsivoglia addebito provando l'esistenza di una causa di giustificazione oggettiva che escluda l'antigiuridicità della condotta, o guadagni d'efficienza tali da compensare gli effetti anticoncorrenziali. La chiusura oltranzista delle istituzioni europee trascura i possibili effetti benefici della pratica, che compongono un quadro molto più complesso e articolato di quanto traspaia dal formante giurisprudenziale.

L'idea che, per essere giustificati sul piano economico, gli sconti debbano essere collegati a quantitativi standardizzati e applicati in modo non discriminatorio è riduttiva e penalizzante: pur avendo effetti fidelizzanti, la pratica rappresenta una tipica leva concorrenziale e, in molti casi, può generare vantaggi tanto per il fornitore quanto per gli acquirenti e i consumatori,

[452] Cfr. H. HOVENKAMP-E. HOVENKAMP, *Exclusionary Bundled Discounts and the Antitrust Modernization Commission*, in *Antitrust Bulletin*, 2008, 517.

favorendo un miglior coordinamento all'interno della catena produttiva e una più efficiente allocazione delle risorse. Gli sconti fidelizzanti possono consentire alle imprese di realizzare significativi risparmi di costo e possono essere giustificati da una serie di ulteriori legittime spiegazioni commerciali, quali l'esigenza di stimolare gli sforzi di vendita dei rivenditori e la fornitura di servizi promozionali, la protezione di investimenti specifici, la prevenzione di fenomeni di *free-riding* da parte di fornitori concorrenti, la risoluzione di problemi di doppia marginalizzazione e l'attuazione di una forma di discriminazione di secondo grado[453]. Sebbene in diversi casi le efficienze rese possibili da un sistema di sconti fidelizzanti siano difficilmente quantificabili e possano essere realizzate mediante strumenti alternativi meno restrittivi[454], i giudici e le autorità antitrust dovrebbero vagliare con attenzione le spiegazioni avanzate dalle parti, posto che simili condotte sono adottate da numerose imprese prive di reale potere di mercato per legittime ragioni commerciali.

Gli Orientamenti testimoniano una maggior apertura della Commissione nell'apprezzamento delle possibili virtù redimenti, ma tradiscono una persistente diffidenza nei confronti degli sconti fidelizzanti retroattivi e di quelli basati su soglie personalizzate. Gli sconti retroattivi e quelli personalizzati tendono ad avere un maggior potenziale fidelizzante ed escludente rispetto agli incentivi incrementali e a quelli standardizzati, ma possono rappresentare strumenti più efficaci per realizzare determinate efficienze. La previsione di obiettivi personalizzati consente d'accrescere le vendite effettuate a ciascun acquirente, indipendentemente dalle sue dimensioni e dalla sua capacità distributiva, laddove sconti condizionati al raggiungimento di volumi standardizzati potrebbero non fornire adeguati incentivi a tutti i clienti. In caso d'incertezza sul livello della domanda, inoltre, un sistema di sconti basato su soglie individuali, espresse in termini percentuali, potrebbe rappresentare uno strumento per suddividere il rischio tra fornitori e acquirenti, assicurando a questi ultimi la possibilità di beneficiare comunque di una riduzione del prezzo in caso d'approvvigionamento per una determinata porzione del proprio fabbisogno[455]. Analogamente, gli sconti retroattivi possono fornire incentivi maggiori di quelli assicurati da riduzioni di prezzo di carattere incrementale. Di conseguenza, gli sconti personalizzati di carattere retroattivo rappresentano, di norma, strumenti più efficaci per realizzare economie di scala, promuovere le vendite e gli sforzi commerciali dei

[453] Cfr. *supra*, § 72.

[454] Cfr. F.P. MAIER-RIGAUD, *Article 82 Rebates: Four Common Fallacies*, cit.

[455] Cfr. D. GERADIN, *A Proposed Test for Separating Pro-Competitive Conditional Rebates from Anti-Competitive Ones*, cit.

distributori, prevenire fenomeni di doppia marginalizzazione e garantire la stabilità del rapporto in caso di investimenti specifici[456].

[456] Per altro verso, garantendo anche agli acquirenti minori la possibilità di beneficiare di sconti che riflettono una riduzione dei costi unitari, l'utilizzo di soglie personalizzate favorisce il mantenimento di una struttura concorrenziale nel mercato a valle e, anche sotto tale profilo, contribuisce a prevenire fenomeni di doppia marginalizzazione, a beneficio tanto delle imprese interessate, quanto dei consumatori. Sconti basati su quantitativi oggettivi potrebbero proteggere gli acquirenti di maggiori dimensioni dalla concorrenza di prezzo degli operatori minori e porre questi ultimi in una posizione di svantaggio competitivo. Cfr. H. HOVENKAMP, *Antitrust and the Close Look: Transaction Cost Economics in Competition Policy*, 2010, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=1661993.

CAPITOLO III

GLI SCONTI LEGANTI

SOMMARIO: 1. Tipi di sconti leganti. - 2. Il potenziale anticoncorrenziale. - 2.1. Gli effetti escludenti. - 2.1.1. Gli sconti leganti retroattivi. - 2.1.2. Gli sconti leganti incrementali. - 2.1.3. Gli effetti escludenti degli sconti leganti: alcune considerazioni conclusive. - 2.2. L'affievolimento della concorrenza *interbrand*. - 2.3. Gli sconti leganti come pratica di sfruttamento del potere di mercato: l'incremento dello *stand-alone price*. - 2.4. Gli effetti discriminatori. - 2.5. Ulteriori spiegazioni commerciali e potenziali guadagni d'efficienza. - 3. Il trattamento degli sconti leganti nel diritto antitrust statunitense. - 3.1. Le prime pronunzie delle corti nordamericane: da *SmithKline* a *British Airways*. - 3.2. Il caso *Le Page's*. - 3.3. L'affermazione del *discount allocation test*: la relazione dell'AMC, il caso *PeaceHealth* e le posizioni del DOJ e della FTC. - 4. Gli sconti leganti nel diritto europeo della concorrenza. - 4.1. Il potenziale escludente: l'orientamento tradizionale delle istituzioni europee. - 4.2. Gli Orientamenti. - 4.3. Le possibili giustificazioni obiettive. - 5. L'analisi antitrust degli sconti leganti tra preclusione e predatorietà. - 6. L'analisi diretta degli effetti della pratica sul benessere dei consumatori. - 7. I test di prezzo emersi nella prassi e nella letteratura antitrust. - 7.1. L'applicazione dei principî generali in tema di prezzi predatori. - 7.2. Il *discount allocation test* di matrice nordamericana. - 7.3. Il test delineato dagli Orientamenti. - 8. La definizione di un appropriato test di prezzo. - 8.1. L'allocazione degli sconti e la stima del prezzo incrementale. - 8.1.1. L'allocazione degli sconti in presenza di due o più prodotti concorrenziali. - 8.1.2. L'allocazione degli sconti in caso di domanda non interamente contendibile. - 8.1.3. Considerazioni conclusive circa l'allocazione degli sconti. - 8.2. La definizione di un'appropriata misura dei costi. - 8.3. L'esclusione di concorrenti non (ancora) altrettanto efficienti. - 8.4. Lo standard probatorio e il ruolo di un test di prezzo. - 9. L'analisi del grado di preclusione e dell'impatto concorrenziale della pratica. - 10. L'esistenza di una plausibile giustificazione commerciale.

1. Tipi di sconti leganti

Gli sconti e i premi gamma o leganti (sconti leganti) includono un vasto novero di pratiche accomunate dal fatto che la possibilità di beneficiare di una riduzione del prezzo di uno o più prodotti è legata, in vario modo, al raggiungimento di obiettivi prestabiliti nell'acquisto o nella vendita di uno o più beni o servizi ulteriori[1]. Gli sconti leganti costituiscono una forma di *mixed*

[1] Un sistema di sconti leganti potrebbe istituire, altresì, un collegamento tra le vendite dello stesso prodotto in due o più mercati geografici distinti, con effetti sostanzialmente equivalenti a

bundling, pratica commerciale consistente nell'offrire ai clienti la possibilità d'acquistare due o più prodotti sia separatamente, sia congiuntamente a un prezzo complessivo inferiore alla somma di quelli individuali[2]. Peraltro, i sistemi di sconti leganti di carattere fidelizzante si differenziano da altre forme di *mixed bundling* per la previsione di una o più soglie che devono essere raggiunte o superate in un determinato arco temporale. L'aggregazione degli acquisti realizzati in un dato arco temporale tende ad accrescere il potenziale escludente degli incentivi riconosciuti da un'impresa dominante, perché può produrre un effetto fidelizzante analogo a quello riconducibile agli sconti condizionati mono-prodotto.

Nella prassi, gli sconti leganti possono assumere un'estrema varietà di forme: a titolo esemplificativo, il beneficio può essere calcolato su tutti gli acquisti realizzati in un determinato periodo di riferimento (sconti leganti retroattivi) o soltanto su quelli eccedenti le soglie (sconti leganti incrementali); gli sconti possono essere computati sul fatturato relativo a uno o più prodotti; gli obiettivi fissati dal fornitore possono riguardare l'acquisto o la vendita di uno o più beni o servizi; le soglie possono essere espresse in termini assoluti o in una determinata percentuale del fabbisogno dei clienti; il sistema può prevedere un unico obiettivo per ciascun prodotto interessato o una griglia di soglie di fatturato, cui corrispondono sconti crescenti; le soglie possono essere personalizzate, in modo da eguagliare o approssimare il verosimile fabbisogno di ciascun acquirente (analogamente agli sconti fedeltà e *target*), o standardizzate per tutti i clienti (come nel caso degli sconti quantitativi).

2. Il potenziale anticoncorrenziale

Pur costituendo un'efficace leva competitiva, che può beneficiare i consumatori e rispondere a legittime esigenze commerciali, gli sconti leganti rappresentano, al contempo, una delle politiche di prezzo più incisive e pericolose che un'impresa egemone può porre in essere per preservare, consolidare o rafforzare la propria posizione di mercato. Inoltre, indipendentemente dall'eventuale esclusione di concorrenti altrettanto efficienti, la pratica può incidere negativamente sul *consumer* e, talvolta, sul

---

quelli delle pratiche che legano gli acquisti di beni o servizi diversi: cfr. H.J. HOVENKAMP, *The Obama Administration and Section 2 of the Sherman Act*, cit.

[2] Il *mixed bundling* si differenzia dal *pure bundling*, che consiste nell'offerta di un pacchetto comprendente due o più prodotti, venduti esclusivamente in maniera congiunta. Per una panoramica sulla letteratura economica in tema di *bundling*, v. B.H. KOBAYASHI, *Does Economics Provide a Reliable Guide to Regulating Commodity Bundling by Firms? A Survey of the Economic Literature*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2005, 707.

total welfare, ove sia utilizzata per estrarre maggiori porzioni del *surplus* dei consumatori o attuare forme di discriminazione di prezzo.

2.1. Gli effetti escludenti

Gli sconti leganti combinano elementi del *bundling* e del *tie-in*[3], da un lato, e degli sconti fidelizzanti, dall'altro. Come il *tie-in* e il *bundling*, i sistemi di sconti leganti instaurano un legame tra due o più beni o servizi, che può sollevare problemi concorrenziali ove il fornitore sfrutti il significativo potere di mercato nella vendita di almeno uno dei prodotti interessati per ostacolare l'accesso a uno o più mercati[4]. Analogamente agli sconti fidelizzanti, i sistemi di sconti leganti incentivano la fedeltà dei clienti, soprattutto se il beneficio

[3] Il *tie-in* è la pratica consistente nell'imporre all'acquirente di un determinato bene o servizio (prodotto legante) l'acquisto di un altro (prodotto legato).

[4] Il tradizionale sospetto manifestato dalle autorità antitrust nei confronti delle pratiche leganti nasce dal timore che esse possano essere adoperate per innalzare barriere all'ingresso ed escludere i concorrenti, sfruttando il potere nel mercato di un prodotto per acquisire una posizione di forza in un diverso ambito merceologico. L'assunto è stato sviluppato nella nota teoria della leva (*leverage theory*), a tenore della quale, subordinando l'alienazione di un prodotto all'acquisto di un altro, un'impresa egemone può estendere il suo potere monopolistico dal primo mercato al secondo. L'obiezione di fondo mossa alla teoria della leva dagli studiosi di Chicago, nota come *fixed sum argument*, sostiene che il monopolista non ha alcun incentivo ad acquisire una posizione di forza in un diverso ambito merceologico, perché i profitti sovra-concorrenziali che il suo potere di mercato gli consente d'incamerare rappresentano una somma fissa, che può essere allocata diversamente tra i due prodotti legati, ma non accresciuta, tramite il *tie-in*, nel suo ammontare complessivo. Cfr., in particolare, A. DIRECTOR-E.H. LEVI, *op. cit.*; W. BOWMAN, JR., *Tying Arrangements and the Leverage Problem*, in *Yale Law Journal*, 1957, 19; M. BURNSTEIN, *The Economics of Tie-in Sales*, in *Review of Economics and Statistics*, 1960, 68; R.A. POSNER, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, cit. La moderna teoria dell'organizzazione industriale ha evidenziato che, nei casi che non soddisfano le specifiche ipotesi sulle quali si basa la teoria elaborata dagli studiosi di Chicago, le pratiche leganti possono essere profittevoli per l'impresa interessata e pregiudizievoli sul piano sociale, consentendo all'operatore dominante di consolidare o estendere il proprio potere di mercato in uno o più ambiti merceologici o estrarre maggiori porzioni del *surplus* del consumatore mediante politiche di discriminazione di prezzo (cfr., *ex multis*, J. CHURCH-R. WARE, *op. cit.*, 697-698; M.D. WHINSTON, *Tying, Foreclosure, and Exclusion*, in *American Economic Review*, 1990, 837; E. ELHAUGE, *Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, in *Harvard Law Review*, 2009, 397). L'estensione del potere monopolistico tramite il *tie-in* o il *bundling* potrebbe essere profittevole, altresì, nel caso in cui i due monopolî siano successivi, invece che simultanei: in mercati altamente dinamici, caratterizzati da un elevato tasso d'innovazione, l'impresa dominante potrebbe estendere, mediante clausole leganti, la propria posizione d'egemonia dal mercato di un determinato bene o servizio a quello di un prodotto innovativo, che rischia di soppiantare il primo nel futuro. Cfr., *inter alia*, D.W. CARLTON-M.WALDMANN, *The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries*, in *RAND Journal of Economics*, 2002, 194.

concesso è calcolato retroattivamente. Nel complesso, un sistema di sconti leganti può creare significativi costi di sostituzione del fornitore, perché il mancato raggiungimento della soglia fissata dal produttore per l'acquisto o la vendita di uno o più prodotti può comportare la perdita di un beneficio finanziario calcolato sulla totalità o su una parte del fabbisogno di uno o più beni o servizi, alcuni dei quali potrebbero essere monopolizzati dall'impresa egemone o, comunque, difficilmente sostituibili.

2.1.1. Gli sconti leganti retroattivi

Gli sconti leganti retroattivi possono creare costi di sostituzione del fornitore particolarmente consistenti[5]. Il mancato raggiungimento delle soglie fissate dal produttore comporta la perdita degli sconti calcolati retroattivamente sugli acquisti di uno o più prodotti della gamma contrattuale che siano già stati effettuati, nonché sui beni o servizi che sarebbero comunque acquistati presso l'impresa dominante nel periodo di riferimento. Sotto tale punto di vista, il funzionamento di un sistema di sconti leganti retroattivi è analogo a quello degli sconti *target*, fedeltà e quantitativi applicati retroattivamente, ma nel caso degli sconti leganti i costi di sostituzione possono essere ancor più elevati, in virtù del possibile computo del beneficio finanziario su diverse linee di prodotti.

Ove non dispongano di una gamma di prodotti estesa quanto quella dell'impresa dominante, i rivali potrebbero essere costretti a concedere sconti particolarmente elevati su un minor numero di prodotti, onde compensare il cliente per la perdita del beneficio concesso dal principale fornitore[6]. Peraltro,

---

[5] Sugli effetti escludenti degli sconti leganti, cfr., *ex multis*, P.E. AREEDA-H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, Aspen Law & Business, New York, 2004, ¶ 749, 179; T.A. LAMBERT, *Evaluating bundled discounts*, in *Minnesota Law Review*, 2005, 1688.

[6] Ad esempio, s'ipotizzi che un'impresa dominante venda un prodotto monopolizzato (prodotto A) e uno esposto alla pressione concorrenziale di un'impresa rivale (prodotto B). Il CM sostenuto dall'impresa egemone per realizzare ciascuno dei due prodotti è costante e pari a 26. Il concorrente è in grado di fabbricare il prodotto B a un CM costante pari a 25. Il prezzo individuale dei prodotti A e B è pari, rispettivamente, a 40 e 30, ma il fornitore dominante attua un sistema di sconti leganti, in forza del quale il raggiungimento di una soglia di 10 unità per ciascun prodotto nel corso di un determinato periodo attribuisce il diritto a uno sconto del 10%. Assumendo che il cliente abbia un fabbisogno complessivo di 10 unità per ciascun prodotto, una differenziazione delle fonti d'approvvigionamento comporterebbe la perdita di un beneficio finanziario complessivo pari a 70. Pur essendo più efficiente, l'impresa rivale non sarebbe in grado di formulare un'offerta competitiva, in quanto, per compensare il cliente per la perdita del beneficio finanziario concesso dall'impresa egemone, dovrebbe offrire un prezzo unitario non superiore a 23. Sebbene il prezzo scontato dei due prodotti sia superiore al CM dell'impresa dominante – in quanto pari, rispettivamente, a 36 e 27 –, il sistema può escludere un concorrente altrettanto o più efficiente.

gli sconti leganti retroattivi potrebbero precludere l'accesso la clientela da parte di concorrenti altrettanto efficienti anche qualora questi ultimi siano dotati di una gamma di prodotti paragonabile. Infatti, ove una porzione rilevante della domanda dei clienti per uno o più prodotti inclusi nel *bundle* non sia contendibile, i rivali potrebbero non esser in grado di formulare un'offerta competitiva, perché costretti ad assorbire lo sconto concesso dall'impresa dominante su un minor ammontare di vendite complessive[7].

Anche qualora il prezzo effettivo delle unità contendibili del fabbisogno dei clienti non sia inferiore al livello dei costi, gli sconti leganti potrebbero essere adoperati in chiave strategica per ridurre la capacità competitiva dei rivali. Assumendo che l'obiettivo sia inferiore al fabbisogno dei clienti, i rivali potrebbero non essere interessati a competere per l'intera porzione contendibile della domanda degli acquirenti per uno o più prodotti, ove possano incamerare maggiori profitti commercializzando esclusivamente le unità al di sopra della soglia a un prezzo più elevato. In tal caso, i concorrenti preferirebbero rinunciare alla vendita delle unità contendibili del fabbisogno del cliente al di sotto della soglia, in luogo d'abbassare i prezzi per compensare i clienti per la perdita del beneficio concesso dall'impresa dominante[8].

Gli sconti leganti condizionati al raggiungimento di soglie standardizzate possono produrre effetti analoghi a quelli personalizzati, ma

---

[7] S'ipotizzi che il CM sostenuto da un'impresa dominante per produrre due diversi prodotti sia costante e pari a 25 per ciascuno di essi. Entrambi i prodotti sono venduti a un prezzo pari a 30. In virtù di significativi fenomeni di *brand loyalty*, l'impresa egemone detiene un sensibile potere di mercato sul 60% circa della domanda degli acquirenti per entrambi i prodotti. L'impresa dominante attua un sistema di sconti leganti in forza del quale i clienti beneficiano di una riduzione del prezzo pari al 10% se acquistano l'intero fabbisogno (10 unità per prodotto) da tale fornitore durante un determinato periodo di riferimento. Il mancato raggiungimento delle soglie fissate dall'impresa egemone comporterebbe la perdita di un beneficio finanziario complessivo pari a 60 (30 per prodotto). Onde compensare i clienti per la perdita di tale beneficio, il concorrente dovrebbe offrire un prezzo unitario non superiore a 22,5 per le 4 unità di ciascun prodotto ragionevolmente contendibili. Sebbene il prezzo finale scontato di ciascun prodotto (pari a 27) sia superiore al livello dei costi dell'impresa dominante, il sistema di sconti leganti può escludere un ipotetico concorrente altrettanto efficiente.

[8] Si consideri ancora lo scenario di mercato descritto nella nota precedente, ma s'ipotizzi che la porzione monopolizzata della domanda degli acquirenti sia pari soltanto al 40%. Onde accrescere le sue vendite, l'impresa dominante concede uno sconto del 10% ai clienti che acquistano dalla stessa almeno l'80% del loro fabbisogno per ciascun prodotto. Il mancato raggiungimento delle soglie fissate dall'impresa dominante comporterebbe la perdita di uno sconto complessivo pari a 60 (30 per prodotto). Il concorrente potrebbe teoricamente compensare il cliente per la perdita del beneficio concesso dall'impresa dominante, offrendo un prezzo pari a 25 per le 12 unità (6 per prodotto) ragionevolmente contendibili, ma incamererebbe maggiori profitti commercializzando esclusivamente le 4 unità al di sopra della soglia a un prezzo leggermente inferiore a 27.

hanno un minor potenziale escludente, in quanto, in presenza di clienti con fabbisogni differenziati, gli obiettivi previsti per uno o più prodotti potrebbero essere eccessivamente elevati o ridotti in relazione alla domanda dei singoli acquirenti. Se la soglia prevista per un prodotto è notevolmente superiore alla domanda del cliente, quest'ultimo non sarebbe comunque in grado di raggiungere l'obiettivo e, quindi, non subirebbe alcuna perdita in caso di differenziazione delle fonti d'approvvigionamento; viceversa, se l'obiettivo d'acquisto è inferiore alla porzione monopolizzata della domanda, lo sconto equivale a una mera riduzione del prezzo finale, che non pregiudica la possibilità, per i rivali, di competere per la porzione contendibile del fabbisogno del cliente.

Per fornire adeguati incentivi a clienti di dimensioni diverse, l'impresa fornitrice potrebbe introdurre un sistema di sconti leganti crescenti, basati su griglie standardizzate di soglie di fatturato. Peraltro, un sistema basato su una griglia di obiettivi standardizzati ha un potenziale incentivante inferiore a quello degli sconti condizionati al raggiungimento di soglie fissate individualmente, in modo da premiare con l'aliquota più elevata l'approvvigionamento presso l'impresa egemone per la totalità o la maggior parte della domanda del singolo cliente, posto che il mancato raggiungimento di una soglia di acquisti non determina necessariamente la perdita dell'intero sconto, ma può comportare semplicemente l'applicazione di un tasso inferiore, corrispondente a uno scaglione più basso.

2.1.2. Gli sconti leganti incrementali

Gli sconti leganti incrementali possono produrre effetti escludenti analoghi a quelli delle altre forme di *mixed bundling*. Ove siano dotati di una gamma più ridotta di quella dell'impresa dominante, i rivali potrebbero non esser in grado di formulare un'offerta competitiva, in quanto costretti a concedere sconti particolarmente elevati su un minor numero di prodotti[9]. Il

[9] Si consideri, ad esempio, il caso di un'impresa che detiene una posizione di monopolio nel mercato dei prodotti A e B, ma fronteggi la concorrenza di un altro operatore nel mercato del prodotto C. Il CM dei tre prodotti è costante e pari a 8 per ciascuno di essi. I prodotti A e B sono venduti a un prezzo pari a 15, mentre il prezzo del prodotto C è pari a 10. Il fabbisogno del cliente è pari a 10 unità per ciascun prodotto. L'impresa dominante attua un sistema di sconti leganti incrementali, in forza del quale, in caso di raggiungimento di una soglia di acquisti pari a 7 unità per ciascun prodotto, il cliente può beneficiare di una riduzione del prezzo del 20% sulle ulteriori unità acquistate nel periodo di riferimento. Il mancato raggiungimento delle soglie fissate dall'impresa egemone comporterebbe la perdita di uno sconto complessivo pari a 24 (9 per i prodotti A e B, 6 per il prodotto C). Onde compensare il cliente per la perdita dello sconto concesso dall'impresa rivale, il concorrente dovrebbe offrire, per le 10 unità del prodotto C, un prezzo unitario non superiore a 7,6, che non coprirebbe il CM.

potenziale escludente degli sconti leganti incrementali è maggiore nei casi in cui la domanda per i prodotti commercializzati anche da operatori concorrenti non sia interamente contendibile, giacché i rivali sarebbero costretti a distribuire l'onere finanziario corrispondente allo sconto concesso dall'impresa dominante su un fatturato ancor più ridotto.

Anche qualora, in linea teorica, le imprese concorrenti siano in grado di formulare un'offerta competitiva, la pratica potrebbe essere utilizzata in chiave strategica per attenuare la pressione concorrenziale esercitata dagli stessi, riducendo i loro incentivi a competere per la porzione contendibile della domanda dei clienti al di sotto delle soglie. Per sottrarre all'impresa dominante le unità del fabbisogno dei clienti al di sotto delle soglie, infatti, i concorrenti dovrebbero compensare gli acquirenti per la perdita dello sconto su altre linee di prodotti. Ove possano incamerare maggiori profitti commercializzando esclusivamente le unità al di sopra della soglia a un prezzo più elevato, i concorrenti preferirebbero rinunciare alla vendita di ulteriori unità contendibili del fabbisogno del cliente, in luogo di ridurre il livello dei prezzi per compensare i clienti per la perdita del beneficio finanziario concesso dall'impresa dominante[10].

D'altro canto, il fatto che il prezzo scontato delle unità incrementali di uno o più prodotti sia inferiore al livello dei costi non implica necessariamente che rivali altrettanto efficienti non possano competere. Qualora una porzione rilevante della domanda dei clienti sotto la soglia sia contendibile, i concorrenti potrebbero essere in grado di compensare gli acquirenti per la perdita dello sconto concesso dall'impresa dominante sulle unità incrementali, distribuendo il relativo onere finanziario su un ammontare di vendite più elevato[11].

---

[10] S'ipotizzi che, nella situazione di mercato descritta nella nota precedente, lo sconto incrementale concesso dall'impresa dominante in caso di raggiungimento di una soglia di acquisti pari a 7 unità per ciascun prodotto sia pari al 20% del prezzo di listino per i prodotti A e B, ma soltanto al 5% per il prodotto C. Lo sconto complessivo concesso dall'impresa dominante è pari a 19,5 (9 per i prodotti A e B, 1,5 per il prodotto C). Per sottrarre all'impresa dominante le unità del fabbisogno di un cliente per il prodotto C al di sotto della soglia, il concorrente dovrebbe compensare l'acquirente per la perdita dello sconto concesso dal principale fornitore, offrendo un prezzo unitario non superiore a 8,05 per l'intera domanda dell'acquirente, con un profitto complessivo pari a 0,5. Tuttavia, il concorrente incamererebbe un maggior profitto, pari a 4,5 circa, vendendo esclusivamente le tre unità del prodotto C al di sopra della soglia a un prezzo leggermente inferiore a 9,5 (ossia, al prezzo scontato offerto dall'impresa dominante).

[11] S'ipotizzi che un'impresa dominante fronteggi la concorrenza di un altro operatore nei mercati dei prodotti A e B. Il CM dei due prodotti è costante e pari a 8 per ciascuno di essi. Il prezzo di entrambi i prodotti è pari a 10. Il fabbisogno del cliente è pari a 10 unità per ciascun prodotto ed è interamente contendibile. L'impresa dominante attua un sistema di sconti leganti incrementali, in forza del quale, al raggiungimento di una soglia di acquisti pari a 8 unità per ciascun prodotto, i clienti possono beneficiare di una riduzione del prezzo del 30% sulle ulteriori unità acquistate nel periodo di riferimento. Sebbene il prezzo scontato delle unità al di sopra delle soglie, pari a

2.1.3. Gli effetti escludenti degli sconti leganti: alcune considerazioni conclusive

Un sistema di sconti leganti può essere impiegato da un'impresa dominante tanto per preservare o rafforzare la propria posizione d'egemonia in uno o più mercati, quanto per estenderla ad ambiti merceologici più concorrenziali[12]. Un'impresa dominante in più mercati potrebbe concedere una riduzione del prezzo dei vari prodotti in caso di raggiungimento di determinati obiettivi nell'acquisto di ciascuno di essi, onde ostacolare l'accesso dei rivali alla clientela nei diversi ambiti merceologici in cui opera, secondo una logica del tutto analoga a quella che informa gli altri tipi di sconti fidelizzanti[13]. Inoltre, un operatore dominante potrebbe offrire uno sconto sul prezzo di un prodotto monopolizzato ai clienti che raggiungano determinati obiettivi nell'acquisto di beni o servizi commercializzati in mercati concorrenziali, per estendere la propria posizione d'egemonia in altri ambiti merceologici.

L'impatto degli sconti leganti sulle possibilità d'accesso e d'espansione dei concorrenti dev'essere valutato caso per caso, alla luce del funzionamento del sistema e delle caratteristiche dei mercati interessati. Peraltro, di là dall'estrema varietà di forme che può assumere la pratica, il suo potenziale escludente risiede in una caratteristica comune a tutti i tipi di sconti leganti: un'impresa dominante può concedere sconti sui prodotti monopolizzati, o sulle unità non contendibili del fabbisogno dei clienti per i diversi beni o servizi inclusi nel *bundle* (la "quota monopolizzata"), per ridurre il prezzo effettivo pagato dagli stessi per i prodotti, o per le unità del fabbisogno degli acquirenti, esposti alla pressione concorrenziale di altri operatori (la "quota concorrenziale"). Per formulare un'offerta competitiva, i rivali sono costretti a compensare i clienti per la perdita degli sconti calcolati sui prodotti rientranti

---

7, sia inferiore al livello dei costi, il prezzo medio praticato dall'impresa dominante per il fabbisogno complessivo del cliente, pari a 9,4, potrebbe essere ragionevolmente replicato da un concorrente altrettanto efficiente.

[12] Ove i clienti siano attivi in concorrenza tra loro in un mercato a valle, gli stessi si trovano in una situazione assimilabile al classico dilemma del prigioniero. Infatti, posto che gli acquirenti traggono vantaggio dal ricevere condizioni più convenienti di quelle praticate ai rivali e sono svantaggiati in caso contrario, ciascun cliente, individualmente, è indotto ad accettare la proposta dell'impresa dominante, sebbene collettivamente essi possano essere pregiudicati da una restrizione della concorrenza tra i fornitori. Cfr. A.L. WICKELGREN, *Bundled Discounts, Leverage Theory, and Downstream Competition*, in *American Law and Economics Review*, 2007, 370; N. ECONOMIDES, *Tying, Bundling and Loyalty/Requirement Rebates*, cit.

[13] Peraltro, la possibilità di distribuire lo sconto su diverse linee di prodotti consente all'impresa dominante di limitare la riduzione percentuale del prezzo necessaria a fornire adeguati incentivi agli acquirenti.

nella quota monopolizzata, riducendo i prezzi praticati per i prodotti facenti parte della quota concorrenziale.

Su tali basi, è possibile individuare una serie di fattori che incidono, in linea generale, sul potenziale escludente di un sistema di sconti leganti:

(i) *il tasso di sconto*. Il potenziale escludente di un sistema di sconti leganti aumenta al crescere del tasso di sconto applicato ai diversi prodotti inclusi nel *bundle*;

(ii) *il valore della quota monopolizzata su cui è calcolato lo sconto*. Il valore della quota monopolizzata del fabbisogno complessivo dei clienti costituisce la base finanziaria su cui l'impresa dominante può far leva per ridurre il prezzo effettivo pagato dagli acquirenti per la quota contendibile. Maggiore è il valore della quota monopolizzata su cui è calcolato lo sconto, più elevate saranno le difficoltà fronteggiate dagli altri operatori per formulare un'offerta competitiva. Il valore della quota monopolizzata tende a crescere all'aumentare di: (a) il prezzo dei prodotti monopolizzati o la cui domanda non è interamente contendibile; (b) il numero di tali prodotti; (c) la misura della porzione non contendibile della domanda per tali prodotti; e (d) il fabbisogno dei clienti per tali prodotti. *Ceteribus paribus*, gli sconti leganti retroattivi tendono ad avere un maggior potenziale fidelizzante, in quanto il mancato raggiungimento delle soglie comporta la perdita di un beneficio finanziario calcolato retroattivamente su tutti gli acquisti effettuati nel periodo di riferimento;

(iii) *i margini derivanti dalla vendita dei prodotti rientranti nella quota concorrenziale*. I margini derivanti dalla commercializzazione dei prodotti rientranti nella quota concorrenziale costituiscono la base finanziaria su cui i concorrenti possono distribuire l'onere corrispondente allo sconto offerto dall'impresa dominante. Al ridursi del valore di tali margini, diminuiscono le possibilità, per i concorrenti, di formulare un'offerta competitiva. Il valore dei margini derivanti dalla vendita dei prodotti rientranti nella quota concorrenziale tende a diminuire al ridursi di: (a) il margine unitario derivante dalla vendita dei prodotti concorrenziali o la cui domanda è almeno in parte contendibile; (b) il numero di tali prodotti; (c) la misura della porzione contendibile della domanda per i diversi prodotti; e (d) il fabbisogno dei clienti per tali prodotti[14].

[14] Il fabbisogno dei clienti per i diversi prodotti inclusi nel *bundle* potrebbe variare quando vi è un rapporto di sostituibilità tra i beni o servizi rientranti nella quota concorrenziale e quelli

2.2. L'affievolimento della concorrenza interbrand

In alcuni casi, l'adozione di un sistema di sconti leganti può determinare un affievolimento della concorrenza tra fornitori concorrenti, per ragioni analoghe a quelle analizzate *supra* in relazione agli sconti fidelizzanti mono-prodotto[15]. In particolare, gli sconti leganti, soprattutto se aventi carattere retroattivo, possono generare incertezza e ridurre la trasparenza dei prezzi, non conoscibili con esattezza sino al termine del periodo di riferimento, col risultato d'ostacolare il confronto tra offerte differenti e, per tale via, affievolire la concorrenza tra beni o servizi di marche diverse[16]. Inoltre, legando i rivenditori a un determinato fornitore in esclusiva totale o parziale per più linee di prodotti, gli sconti leganti affievoliscono la pressione esercitata dalla *in-store interbrand competition* e, in tal modo, possono ridurre l'elasticità della domanda percepita dai produttori, facilitando un aumento dei prezzi. Infine, la creazione di costi di sostituzione contribuisce a rendere la domanda dei clienti meno elastica e, per tale via, può facilitare il raggiungimento di prezzi d'equilibrio più elevati.

2.3. Gli sconti leganti come pratica di sfruttamento del potere di mercato: l'incremento dello stand-alone price

L'attuazione di un sistema di sconti leganti può comportare una rimodulazione dei prezzi dei diversi prodotti inclusi nell'assortimento, che può accrescere o ridurre il benessere dei consumatori indipendentemente dall'eventuale esclusione dei concorrenti. L'offerta di sconti leganti non si traduce necessariamente in un effettivo abbassamento del livello dei prezzi praticati ai clienti, posto che la concessione dell'incentivo potrebbe accompagnarsi a un incremento artificioso del prezzo iniziale dei singoli prodotti (*stand-alone price*). In tal caso, il sistema di sconti leganti potrebbe

---

monopolizzati. Per differenziare le fonti d'approvvigionamento, i clienti potrebbero acquistare maggiori quantitativi dei primi e ridurre gli acquisti dei secondi, in modo da consentire ai rivali di formulare offerte competitive. Pertanto, il potenziale escludente degli sconti leganti tende a diminuire quando i clienti sono in grado di sostituire un prodotto con un altro: cfr. H. HOVENKAMP-E. HOVENKAMP, *Complex Bundled Discounts and Antitrust Policy*, in *Buffalo Law Review*, 2009, 1227.

[15] Cfr. Cap. II, § 2.2.

[16] Cfr. B. NALEBUFF, *Exclusionary Bundling*, in *Antitrust Bulletin*, 2005, 321; N. ECONOMIDES, *Loyalty/requirement rebates and the Antitrust Modernization Commission: What is the appropriate liability standard?*, cit.; ID., *Tying, Bundling and Loyalty/Requirement Rebates*, in E. ELHAUGE, *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing, New York, 2012, 121.

equivalere, di fatto, a un programma di *penalty price* legati al mancato raggiungimento delle soglie stabilite dall'impresa dominante[17].

Qualora il prezzo iniziale dei prodotti non aumenti, la pratica potrebbe produrre effetti positivi sul benessere della collettività e dei consumatori nel breve termine, ma comportare al contempo l'esclusione di concorrenti altrettanto o più efficienti. In particolare, è stato dimostrato che, in presenza di due prodotti, l'uno monopolizzato, l'altro esposto alla pressione concorrenziale di altre imprese, la concessione di uno sconto sul prezzo del primo subordinatamente all'acquisto di determinati quantitativi del secondo, venduto a un prezzo leggermente superiore a quello di mercato, potrebbe essere profittevole per l'impresa dominante e vantaggiosa per i consumatori, risolvendosi in un aumento tanto del *total* quanto del *consumer welfare*, ma determinando al contempo l'esclusione dei rivali, anche se altrettanto efficienti[18].

Peraltro, le imprese dominanti potrebbero incamerare maggiori profitti aumentando lo *stand-alone price* del prodotto sul quale detengono un significativo potere di mercato. La vendita di un singolo prodotto a un prezzo che massimizza i profitti non consente d'estrarre l'intero *surplus* dei consumatori, che continuano a beneficiare della possibilità d'acquistare alcune

[17] La diffidenza di parte della dottrina nei confronti della pratica trae origine dalla convinzione che, in molti casi, gli sconti leganti costituiscano soltanto apparentemente un beneficio per clienti e consumatori: cfr., *inter alia*, E. ELHAUGE, *Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, cit.; N. ECONOMIDES, *Tying, Bundling and Loyalty/Requirement Rebates*, cit. Sulla possibilità che l'introduzione di un sistema di sconti leganti si accompagni, in realtà, a un aumento artificioso dei prezzi iniziali (*unbundled penalty*), fungendo da penale per la mancata fedeltà dei clienti, cfr., altresì, E. ELHAUGE, *Antitrust Analysis of GPO Exclusionary Agreements*, cit.; D.L. RUBINFELD, *3M's Bundled Rebates: An Economic Perspective*, in *University of Chicago Law Review*, 2005, 243; N. ECONOMIDES-I. LIANOS, *The Elusive Antitrust Standard on Bundling in Europe and in the United States at the Aftermath of the Microsoft Cases*, in *Antitrust Law Journal*, 2009, 483.

[18] In particolare, nel modello sviluppato da P. GREENLEE-D. REITMAN-D.S. SIBLEY, *An Antitrust Analysis of Bundled Loyalty Discounts*, in *International Journal of Industrial Organization*, 2008, 1132, il prezzo di entrambi i prodotti è superiore al CM e non vi è sacrificio di profitti di breve periodo, giacché il sistema comporta un immediato aumento degli introiti per l'impresa dominante, ma i rivali sono esclusi dal mercato, pur essendo altrettanto efficienti, in quanto lo sconto concesso sul primo prodotto eccede il vantaggio derivante dall'acquisto del secondo a un prezzo perfettamente concorrenziale. In tale modello, il benessere dei consumatori diminuisce se il prezzo *stand-alone* del prodotto monopolizzato eccede quello anteriore all'introduzione del sistema di sconti, mentre aumenta nel caso opposto. Gli autori sviluppano, altresì, un modello caratterizzato dalla presenza di un prodotto monopolizzato e di un altro venduto in un mercato avente la struttura di duopolio differenziato, in cui i prezzi di equilibrio eccedono il CM. In base a tale secondo modello, un sistema di sconti leganti conduce a un aumento del benessere dei consumatori se il prezzo *stand-alone* del primo prodotto e quello praticato dal concorrente per il secondo non sono più elevati dei corrispondenti prezzi anteriori all'introduzione del *bundling*.

unità del bene o servizio interessato a un prezzo inferiore all'effettivo valore attribuitogli. Per estrarre maggiori porzioni del *surplus* dei consumatori, il fornitore potrebbe fissare lo *stand-alone price* del prodotto monopolizzato a un prezzo superiore al livello che massimizzerebbe i profitti, offrendo uno sconto ai clienti che acquistino, al contempo, determinati quantitativi di uno o più prodotti concorrenziali a un prezzo sovra-competitivo. In tal modo, l'impresa dominante potrebbe appropriarsi, in tutto o in parte, del residuo *surplus* dei clienti che acquistano il prodotto monopolizzato, mediante la fornitura di uno o più prodotti ulteriori a un prezzo superiore al livello concorrenziale[19].

Qualora la concessione dello sconto s'accompagni a un aumento dello *stand-alone price*, quindi, il beneficio riconosciuto ai clienti si rivelerebbe illusorio: oltre a minacciare l'esclusione di rivali altrettanto efficienti, il sistema comporterebbe una riduzione del benessere dei consumatori e determinerebbe effetti ambigui sul *total surplus*[20]. In tal caso, peraltro, i possibili effetti anticompetitivi della pratica non sono legati direttamente all'esclusione dei concorrenti, che costituisce una sorta di effetto collaterale del sistema di sconti, bensì discendono dall'attuazione di politiche commerciali finalizzate allo sfruttamento del potere di mercato detenuto dall'impresa dominante, mediante l'estrazione di ulteriori porzioni del *surplus* dei consumatori.

---

[19] S'ipotizzi che un'impresa dominante commercializzi un prodotto monopolizzato (prodotto A), al prezzo di monopolio, e uno esposto alla concorrenza di altri operatori (prodotto B), a un prezzo concorrenziale. L'impresa dominante potrebbe aumentare il prezzo del prodotto A al di sopra del livello di monopolio, offrendo uno sconto sullo stesso in caso d'acquisto di determinati quantitativi del prodotto B a un prezzo sovra-concorrenziale. Per indurre i clienti ad acquistare tali ulteriori prodotti a un prezzo sovra-concorrenziale, il fornitore potrebbe fissare lo *stand-alone price* del prodotto monopolizzato a un prezzo talmente elevato da rendere non conveniente l'acquisto separato dello stesso (*choke price*). I clienti accetterebbero il *bundle* ove il *surplus* derivante dall'acquisto dei prodotti A e B a un prezzo sovra-concorrenziale sia superiore a quello assicurato dall'approvvigionamento del solo prodotto B a un prezzo concorrenziale: cfr. E. ELHAUGE, *Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, cit. Peraltro, tale politica commerciale non potrebbe essere attuata se i prodotti fossero utilizzati o commercializzati in proporzioni fisse, posto che, in tal caso, i clienti percepirebbero un aumento del prezzo del prodotto B come un incremento del prezzo del prodotto A: *id.*; cfr. anche J. CARBAJO-D. DE MEZA-D.J. SEIDMAN, *A Strategic Motivation for Commodity Bundling*, in *Journal of Industrial Economics*, 1990, 283.

[20] Gli effetti sul benessere sociale dipendono, in particolare, dal livello della domanda nei due mercati: cfr. P. GREENLEE-D. REITMAN-D. SIBLEY, *op. cit.*; E. ELHAUGE, *Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, cit. Cfr. anche P. GREENLEE-D.REITMAN, *op. cit.*

2.4. Gli effetti discriminatori

Un sistema di sconti leganti potrebbe consentire di attuare forme di discriminazione di prezzo, con effetti ambigui sull'efficienza economica e sul benessere della collettività e dei consumatori. In linea generale, il *bundling* può costituire uno strumento per discriminare implicitamente tra acquirenti che hanno differenti valutazioni dei prodotti inclusi nel pacchetto, in modo da estrarre maggiori porzioni del *surplus* dei consumatori, con effetti espansivi sulle vendite[21], ma possibili ripercussioni negative su *total* e *consumer welfare*[22].

Inoltre, per discriminare tra gli acquirenti, un'impresa potrebbe offrire alle controparti più sensibili al prezzo condizioni particolarmente vantaggiose per la fornitura di un prodotto diverso, che i clienti con domanda più rigida non acquistano[23]. Analogamente, se i clienti che acquistano il prodotto aggiuntivo hanno una domanda più elastica, le imprese possono attuare una forma di discriminazione di secondo grado mediante la concessione di uno sconto sul

---

[21] S'ipotizzi che un'impresa commercializzi i prodotti A e B, il cui CM è pari a 2. Il cliente X è disposto a pagare 10 per A, ma solo 3 per B. Per converso, il cliente Y è disposto a versare un prezzo pari a 4 per A e 8 per B. Per massimizzare i profitti in caso di vendite separate, l'impresa interessata dovrebbe vendere un'unica unità di ciascun prodotto, al prezzo di 10 per A e 9 per B, con un profitto complessivo pari a 15. Tuttavia, l'impresa potrebbe commercializzare un pacchetto comprendente A e B al prezzo scontato di 12, aumentando le vendite totali (2 unità per ciascun prodotto) e incamerando un profitto complessivo pari a 16. Sull'uso del *bundling* per attuare politiche di discriminazione implicita, cfr. G.J. STIGLER, *United States v. Loew's: A Note on Block Booking*, in *Supreme Court Review*, 1963, 152; sul punto, cfr. anche, *ex multis*, H. HOVENKAMP, *Discounts and Exclusion*, cit.; R.P. MCAFEE-J. MCMILLAN-M.D. WHINSTON, *Multiproduct Monopoly, Commodity Bundling, and Correlation of Values*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1989, 371; J.S. DILLBARY, *Predatory Bundling and the Exclusionary Standard*, U of Alabama Public Law Research Paper No. 1354863, 6 marzo 2009, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=1354863. Tale forma di discriminazione tende a essere efficiente soprattutto quando i prodotti interessati sono caratterizzati da bassi costi marginali ed elevati costi fissi, sovente legati a una significativa componente di proprietà intellettuale. In tali casi, un prezzo elevato dissuaderebbe dall'acquisto clienti che attribuiscono al bene o servizio interessato un valore superiore al CM. D'altro canto, un prezzo pari al CM, oltre a non essere coerente col criterio della massimizzazione dei profitti, potrebbe non consentire di recuperare gli elevati costi fissi. Cfr. S.J. LIEBOWITZ-S.E. MARGOLIS, *Bundles of Joy: The Ubiquity and Efficiency of Bundles in New Technology Markets*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2009, 1; Y. BAKOS-E. BRYNJOLFSSON, *Bundling Information Goods: Pricing, Profits, and Efficiency*, in *Management Science*, 1999, 1613.

[22] Cfr. E. ELHAUGE, *Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, cit.

[23] Cfr. T.T. NAGLE-R.K. HOLDEN, *The Strategy and Tactics of Pricing: A Guide to Profitable Decision Making*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, NJ, 2002, 246.

prezzo del bene o servizio principale in caso di raggiungimento di determinati obiettivi nell'acquisto di quello secondario[24].

Ancora, ove la disponibilità dei clienti a pagare per l'acquisto di un bene durevole sia approssimativamente proporzionale all'intensità del suo utilizzo, indicata dal consumo di un prodotto complementare, i produttori potrebbero utilizzare un sistema di sconti leganti come *metering device*, in modo da praticare un prezzo complessivo più elevato agli acquirenti con domanda meno elastica. A tal fine, il produttore potrebbe alzare il prezzo del prodotto primario al di sopra del livello che massimizzerebbe i profitti, offrendo la possibilità d'acquistare lo stesso a un prezzo corrispondente al costo in caso d'acquisto di determinati quantitativi del bene secondario a un prezzo sovra-concorrenziale[25].

Nella letteratura giuseconomica, peraltro, non v'è coincidenza di vedute sulle conseguenze dell'utilizzo delle pratiche leganti come strumento per attuare forme di discriminazione di prezzo. Alcuni enfatizzano il potenziale anticoncorrenziale di sconti e altre pratiche leganti, nel presupposto che, nella maggior parte dei casi, la discriminazione attuata mediante simili iniziative

---

[24] Cfr. P. GREENLEE-D.REITMAN, *op. cit.* Sulle possibilità di discriminare rese possibili dall'offerta di sconti leganti, cfr. anche D.W. CARLTON-M. WALDMAN, *Safe Harbors for Quantity Discounts and Bundling*, Economic Analysis Group Discussion Paper, Antitrust Division, U.S. Dept. of Justice, 2008, disponibile sul sito Internet http://usdoj.gov./atr/public/eag/230712.htm; H. HOVENKAMP-E. HOVENKAMP, *Complex Bundled Discounts and Antitrust Policy*, cit.

[25] Cfr., *inter alia*, E. ELHAUGE, *Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, cit. La pratica consente d'estrarre maggiori porzioni del *surplus* dei consumatori, ma gli effetti sul benessere sociale sono ambigui: ai guadagni d'efficienza derivanti dalla riduzione del prezzo del prodotto primario si contrappongono le distorsioni generate dalla contrazione del consumo del bene o servizio secondario: cfr. W.F. BAXTER-D.P. KESSLER, *The Law and Economics of Tying Arrangements: Lessons for the Competition Policy Treatment of Intellectual Property*, in R.D. ANDERSON-N.T. GALLINI (a cura di), *Competition Policy and Intellectual Property Rights in the Knowledge-Based Economy*, University of Calgary Press, Calgary, 1998, 137. Anche gli effetti sul benessere dei consumatori tendono a essere ambigui. Gli acquirenti con una bassa intensità d'utilizzo del prodotto primario, che non acquistavano lo stesso prima del *bundle*, e quelli con un uso medio, che consumano quantitativi relativamente contenuti del bene o servizio secondario, traggono vantaggio dall'introduzione del sistema di sconti. Per contro, i clienti che usano il prodotto primario più intensamente sono privati di parte del loro *surplus*, perché sono costretti a pagare prezzi più elevati per consistenti quantitativi del bene o servizio secondario. Gli effetti sul benessere sociale e dei consumatori dipendono, in ultima istanza, dalla concentrazione relativa di clienti con intensità d'utilizzo bassa, media ed elevata. Cfr. T.A. LAMBERT, *Appropriate Liability Rules for Tying and Bundled Discounting*, cit.; E. HOVENKAMP-H. HOVENKAMP, *Tying Arrangements*, 2012, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=1999063. Nel senso che gli effetti del *tying* di prodotti utilizzabili in proporzioni variabili tendono a essere positivi, cfr. H.J. HOVENKAMP, *The Obama Administration and Section 2 of the Sherman Act*, cit.

comporti un sostanziale esproprio del *surplus* dei consumatori e, sovente, incida negativamente anche sul benessere sociale[26]. Altri individuano nei possibili effetti discriminatori una finalità commerciale tendenzialmente lecita, in quanto potenzialmente benefica per la collettività e, talvolta, per gli stessi consumatori, anche in considerazione degli ulteriori possibili guadagni d'efficienza ricollegabili all'uso della pratica[27], nonché del fatto che, in ottica dinamica, consentire alle imprese di catturare una maggior porzione del *surplus* generato dall'introduzione di prodotti nuovi o migliori aumenta gli incentivi a investire e innovare[28].

2.5. Ulteriori spiegazioni commerciali e potenziali guadagni d'efficienza

Il potenziale anticoncorrenziale e la discriminazione di prezzo non esauriscono il quadro dei possibili effetti delle politiche di sconti leganti, che possono esibire diverse virtù redimenti. Anzitutto, la pratica può comportare una riduzione del livello dei prezzi di uno o più prodotti, che si traduce, quantomeno nel breve periodo, in un beneficio per i consumatori, a meno che l'offerta di uno sconto s'accompagni a un incremento artificioso dello *stand-alone price*.

Inoltre, l'attuazione di un sistema di sconti leganti può rappresentare una forma di concorrenza per assicurarsi una distribuzione preferenziale per i propri beni o servizi, analogamente agli incentivi fidelizzanti mono-prodotto e ai pagamenti anticipati per l'accesso[29]. Quando i distributori dispongono di una clientela fidelizzata e possono trasferire una quota delle loro vendite al fornitore prescelto, i produttori possono competere per assicurarsi tale porzione del

---

[26] Cfr. E. ELHAUGE, *Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, cit.; ID., *The Failed Resurrection of the Single Monopoly Profit Theory*, Harvard Public Law Working Paper No. 10-16, 2010, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=1551470.

[27] Cfr., tra gli altri, T.A. LAMBERT, *Appropriate Liability Rules for Tying and Bundled Discounting*, cit.; HOVENKAMP, *Harvard, Chicago, and Transaction Cost Economics in Antitrust Analysis*, cit.; ID., *Antitrust and the Close Look: Transaction Cost Economics in Competition Policy*, cit.

[28] Cfr. S. SEMERARO, *Should Antitrust Condemn Tying Arrangements that Increase Price Without Restraining Competition?*, in *Harvard Law Review Forum*, 2009, 30; B. KLEIN-J.S. WILEY, JR., *Competitive Price Discrimination as an Antitrust Justification for Intellectual Property Refusals to Deal*, in *Antitrust Law Journal*, 2003, 599; T.A. LAMBERT, *Appropriate Liability Rules for Tying and Bundled Discounting*, cit.; ID., *The Roberts Court and the Limits of Antitrust*, cit.

[29] Sul punto, v. *supra*, Cap. II, § 2.3.

volume d'affari dei rivenditori tramite l'offerta di sconti e altri incentivi[30]. A tal fine, gli sconti leganti possono essere meno costosi di altri tipi di incentivi. Il costo effettivo di una politica di sconti è inferiore al valore nominale della riduzione del prezzo, perché quest'ultima determina un incremento delle vendite. Maggiori sono i margini di profitto incamerati tramite le vendite incrementali, minore è il costo effettivo di una politica di sconti[31]. Un'impresa dominante potrebbe offrire sconti sui prodotti sui quali detiene un forte potere di mercato, di norma caratterizzati da margini più elevati, per assicurarsi una distribuzione preferenziale per altri beni o servizi, venduti in mercati più concorrenziali. Aumentando le vendite dei prodotti più profittevoli, la politica di sconti leganti riduce il costo effettivo sostenuto dall'impresa dominante per assicurarsi una distribuzione preferenziale per altri beni o servizi e, al contempo, diminuisce le distorsioni generate dall'esercizio del potere di mercato[32].

Indipendentemente dall'impatto della pratica sul livello dei prezzi, l'impiego di un sistema di sconti leganti potrebbe rispondere a legittime esigenze commerciali ed essere giustificato da motivazioni efficientistiche, che riecheggiano, in larga parte, quelle enucleate dalla dottrina giuseconomica in tema di *tie-in*, *bundling* e sconti fidelizzanti.

In primo luogo, un sistema di sconti leganti può dare origine a diversi risparmi di costo[33]. La pratica può consentire di realizzare economie di scala in virtù dell'espansione dell'*output*[34], nonché economie di gamma legate alla produzione o alla commercializzazione congiunta di due o più prodotti[35]. Inoltre, la vendita abbinata di due o più beni o servizi potrebbe consentire di ridurre i costi di transazione sostenuti da fornitori e acquirenti, evitando la

---

[30] Cfr., in particolare, B. KLEIN-K.M. MURPHY, *Exclusive Dealing Intensifies Competition for Distribution*, cit.

[31] Cfr. B. NALEBUFF, *Exclusionary Bundling*, cit.

[32] Cfr. B. KLEIN-A.V. LERNER, *The law and economics of bundled pricing:* LePage's, PeaceHealth, *and the evolving antitrust standard*, cit.; B. KLEIN, *Bundled Discounts as Competition for Distribution*, in *Global Competition Policy*, giugno 2008; v. anche B. NALEBUFF, *Bundling As An Entry Barrier*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 2004, 159.

[33] Cfr. D.S. EVANS-M. SALINGER, *The Role of Cost in Determining when Firms Offer Bundles*, in *Journal of Industrial Economics*, 2008, 143; D.W. CARLTON-P. GREENLEE-M. WALDMAN, *Assessing the Anticompetitive Effects of Multiproduct Pricing*, in *Antitrust Bulletin*, 2008, 587.

[34] Ciò spiega perché, sovente, le politiche di sconti leganti interessino mercati *high tech*, caratterizzati da elevati costi fissi e ingenti investimenti in ricerca e sviluppo: cfr. H. HOVENKAMP, *Discounts and Exclusion*, cit.

[35] Cfr., *inter alia*, T.T. NAGLE-R.K. HOLDEN, *op. cit.*, 246.

negoziazione di contratti distinti per ciascun prodotto[36]. Ancora, gli sconti leganti potrebbero permettere all'impresa dominante di contenere il livello dei costi riducendo l'incertezza circa la domanda aggregata per i prodotti interessati[37].

Un sistema di sconti leganti può altresì consentire di risolvere problemi di doppia marginalizzazione. Quando i fornitori di due beni o servizi complementari sono entrambi dotati di potere di mercato e non sono in grado di coordinarsi, gli stessi potrebbero tentare di accaparrarsi un'elevata porzione degli introiti monopolistici, praticando, per i rispettivi prodotti, un prezzo sovra-concorrenziale più elevato di quello che consente di massimizzare i profitti congiunti[38]. La vendita congiunta dei due prodotti a un prezzo complessivo scontato potrebbe consentire di porre rimedio a tale inconveniente, a beneficio non soltanto dell'impresa interessata, ma anche dei consumatori, che beneficerebbero di condizioni più convenienti[39].

Infine, quando un prodotto primario è destinato a essere utilizzato in combinazione con altri beni o servizi, la concessione di sconti leganti potrebbe essere volta ad assicurare la qualità dei prodotti secondari utilizzati dall'acquirente, in modo da garantire la sicurezza dei consumatori e proteggere la reputazione e l'immagine dell'impresa dominante[40].

---

[36] Cfr. D.S. EVANS-M. SALINGER, *Why Do Firms Bundle and Tie? Evidence from Competitive Markets and Implications for Tying Law*, in *Yale Journal on Regulation*, 2005, 37; T.T. NAGLE-R.K. HOLDEN, *op. cit.*; T.A. LAMBERT, *Evaluating bundled discounts*, cit.

[37] Cfr. Y. BAKOS-E. BRYNJOLFSSON, *Bundling and Competition on the Internet*, in *Marketing Science*, 2002, 63.

[38] Il problema della doppia marginalizzazione ricorre tanto nei mercati per prodotti complementari, quanto in quelli verticalmente collegati. I rischi di doppia marginalizzazione possono essere particolarmente significativi in caso di prodotti complementari, perché i rispettivi produttori possono non essere in condizione di negoziare, a differenza delle imprese legate da rapporti di natura verticale. Cfr. HOVENKAMP, *Harvard, Chicago, and Transaction Cost Economics in Antitrust Analysis*, cit.

[39] Cfr. E. HOVENKAMP-H. HOVENKAMP, *Tying Arrangements and Antitrust Harm*, in *Arizona Law Review*, 2010, 925; T.A. LAMBERT, *Appropriate Liability Rules for Tying and Bundled Discounting*, cit.; E. HOVENKAMP-H. HOVENKAMP, *Tying Arrangements*, cit.

[40] Cfr., tra gli altri, R. O'DONOGHUE-A.J. PADILLA, *op. cit.*; D.W. CARLTON-P. GREENLEE-M. WALDMAN, *op. cit.* La garanzia di qualità può essere importante, in particolare, quando assicurare la compatibilità e la corretta interazione tra prodotti diversi è complesso ed essenziale per salvaguardare il valore di uno o più beni o servizi: cfr. E. HOVENKAMP-H. HOVENKAMP, *Tying Arrangements*, cit.

3. Il trattamento degli sconti leganti nel diritto antitrust statunitense

La giurisprudenza nordamericana non ha esteso la presunzione di liceità dell'*above cost pricing* agli sconti che legano l'acquisto di prodotti diversi, riconoscendo il potenziale escludente della pratica e la sua possibile incompatibilità con la disciplina antimonopolistica. Tuttavia, negli Stati Uniti, il trattamento degli sconti leganti è stato oggetto di pronunzie discordanti, che hanno dato origine a dubbi interpretativi non ancora definitivamente superati da un intervento della Corte Suprema.

3.1. Le prime pronunzie delle corti nordamericane: da SmithKline *a* British Airways

Gli sconti leganti sono stati ritenuti potenzialmente contrari all'art. 2 dello Sherman Act sin dal caso *SmithKline*[41], deciso dalla Corte d'Appello per il Terzo Circuito nel 1978, in epoca anteriore alle note sentenze in tema di prezzi predatori rese dalla Suprema Corte nei casi *Matsushita* e *Brooke Group*. Nella specie, un'impresa attiva nel settore degli antibiotici aveva attuato un sistema di sconti e premi legati all'acquisto di diverse cefalosporine, una delle quali, non coperta da brevetto, era esposta alla concorrenza esercitata da un'altra casa farmaceutica[42]. La corte ha rilevato che, anche qualora i prezzi siano superiori al livello dei costi, un'impresa egemone non gode di alcuna immunità dalle norme antitrust quando si avvale di un sistema di sconti per legare la vendita di un prodotto monopolizzato alla fornitura di beni esposti all'altrui pressione concorrenziale. Ad avviso della corte, pur non essendo qualificabile come *tying*, la politica commerciale dell'impresa egemone produceva effetti analoghi, giacché consentiva d'estendere il suo potere di monopolio in segmenti del mercato delle cefalosporine precedentemente

[41] *SmithKline Corp. v. Eli Lilly & Co.*, 575 F.2d 1056 (3d Cir. 1978), che ha confermato *SmithKline Corp. v. Eli Lilly & Co*, 427 F. Supp. 1089 (E.D. Pa. 1976).

[42] In particolare, in un primo tempo, Eli Lilly aveva attuato un sistema di sconti che contemplava riduzioni di prezzo crescenti dal 2 al 12%, in funzione degli acquisti complessivi di quattro tipi di cefalosporine brevettate. Nell'ottobre del 1973, Eli Lilly ha aggiunto al programma di sconti un quinto tipo di cefalosporina, non coperto da brevetto ed esposto alla pressione concorrenziale esercitata da SmithKline. Nell'aprile del 1975, Eli Lilly ha adottato un nuovo sistema, che prevedeva una riduzione dello sconto concesso in funzione degli acquisti complessivi (pari al 3% circa), ma la contestuale istituzione di un *bonus rebate* della medesima misura percentuale, riconosciuto ai clienti che avessero raggiunto determinati obiettivi individuali nell'acquisto di almeno tre delle cinque cefalosporine. Di fatto, il sistema costringeva gli acquirenti a raggiungere l'obiettivo stabilito per l'acquisto del prodotto non brevettato, poiché la maggior parte dei clienti non era in grado di raggiungere le soglie previste per due delle altre quattro cefalosporine.

concorrenziali[43]. In sintonia con l'*as-efficient test*, la corte ha ritenuto la pratica indebitamente escludente perché, anche raggiungendo i medesimi livelli d'efficienza dell'impresa egemone, il concorrente non sarebbe stato in grado d'offrire, su un unico prodotto, sconti sufficienti a compensare i clienti per la perdita di un beneficio finanziario computato sugli acquisti di un'intera gamma di cefalosporine[44].

Alcuni anni dopo, in *Ortho Diagnostic Systems*[45], la corte distrettuale per il Southern District di New York ha analizzato una politica dei prezzi analoga[46], ma ha applicando un test incentrato sull'esclusione di un concorrente attuale altrettanto efficiente. La corte ha riconosciuto che, sebbene il prezzo finale di ciascun prodotto incluso nel *bundle* fosse superiore al livello dei costi, il sistema di sconti contestato non poteva essere avallato sulla mera base del test di predatorietà delineato in *Brooke Group*, per la sua attitudine a escludere dal mercato rivali altrettanto o più efficienti mediante l'instaurazione di un legame tra gli acquisti di prodotti diversi. Tuttavia, il giudice ha emesso un *summary judgment* in favore del convenuto, perché l'attrice non aveva dimostrato di essere efficiente quanto l'impresa dominante e di non poter competere con la stessa a causa della sua politica di incentivi[47].

Il *focus* sull'esclusione di un concorrente attuale altrettanto efficiente destava perplessità. Di là dalle difficoltà applicative sollevate dall'esigenza di analizzare e confrontare la struttura dei costi di entrambi gli operatori, tale approccio sembrava far dipendere l'illiceità della pratica dal grado d'efficienza relativa dell'attrice, laddove la disciplina antimonopolistica dovrebbe prevenire la lesione dell'assetto concorrenziale del mercato conseguente alla creazione di ostacoli artificiali all'accesso o all'espansione dei concorrenti.

---

[43] *SmithKline Corp. v. Eli Lilly & Co.*, 575 F.2d 1056, 1121 (3d Cir. 1978).

[44] *Id.*, 1122-3. In particolare, la corte ha accertato che, per compensare i clienti per la perdita del beneficio finanziario concesso da Eli Lilly, il rivale avrebbe dovuto offrire, sull'unico prodotto commercializzato, sconti presumibilmente non sostenibili, che variavano dal 16 al 35% del prezzo del prodotto.

[45] *Ortho Diagnostic Systems v. Abbott Labs, Inc.*, 920 F. Supp. 455 (S.D.N.Y. 1996).

[46] In particolare, un'impresa produttrice di test per l'individuazione di virus nel sangue aveva introdotto un sistema di sconti che garantiva ribassi crescenti, ma non predatori, in caso d'acquisto di quattro o cinque diverse tipologie di test dal medesimo operatore.

[47] Anche allocando la totalità degli sconti sui prodotti non monopolizzati, infatti, il prezzo effettivo risultava superiore ai costi medi variabili del rivale. L'attrice ha suggerito l'adozione di un test basato sui profitti incrementali, inteso ad accertare se il maggior sconto concesso per l'acquisto del pacchetto di prodotti fosse remunerativo, nel presupposto che, in caso negativo, l'esistenza di un fine anticoncorrenziale rappresentasse l'unica spiegazione plausibile per l'adozione del sistema. La corte non ha rigettato, in linea di principio, il test basato sui profitti incrementali, ma ha contestato l'applicazione fattane dal consulente di parte nella specie: *Ortho Diagnostic Systems v. Abbott Labs, Inc.*, 920 F. Supp. 455, 471 (1996).

A distanza di pochi anni, la corte distrettuale per il Southern District di New York è tornata sul tema degli sconti leganti nel caso *British Airways*, avente ad oggetto il sistema di incentivi introdotto dalla compagnia di bandiera britannica per incrementare i volumi delle proprie vendite[48]. Interpretando la pronunzia resa in *Ortho Diagnostic Systems*, la corte ha affermato che un sistema di sconti leganti violerebbe la disciplina antimonopolistica «*if the competitive product in the bundle were sold for a price below average variable cost after the discounts on the monopoly items in the bundle were subtracted from the price of that competitive product*»[49], senza richiedere esplicitamente la prova che parte attrice fosse un concorrente altrettanto efficiente.

3.2. *Il caso* Le Page's

Mentre nei casi analizzati nel precedente paragrafo le corti hanno applicato un test di prezzo per stabilire se una politica di sconti leganti fosse indebitamente escludente, la controversa pronunzia resa nel 2003 dalla Corte d'Appello per il Terzo Circuito in *Le Page's* è parsa abbassare notevolmente lo standard probatorio richiesto per dimostrare l'esistenza di un'infrazione, ponendo l'enfasi sulla potenzialità lesiva della pratica, indipendentemente dalla dimostrazione di un'effettiva capacità d'escludere rivali altrettanto efficienti[50].

Il caso verteva su un sistema di sconti percentuali crescenti concessi da un'impresa dominante ai maggiori rivenditori a condizione che raggiungessero determinati *target* nell'acquisto di sei diverse linee di prodotti[51]. In seduta plenaria, la corte ha rigettato la tesi secondo cui la sentenza *Brooke Group* implicava la liceità *per se* di qualsiasi forma di *above cost discounting*[52], censurando la pratica per la sua capacità di ostacolare o precludere l'accesso al mercato da parte di rivali che non producevano una gamma di prodotti

---

[48] In particolare, il sistema di incentivi prevedeva la corresponsione di pagamenti alle agenzie di viaggi e ai clienti *corporate* che avessero raggiunto determinati *target* per tutte le rotte di British Airways o gruppi regionali delle stesse: v. *Virgin Atlantic Airways Ltd. v. British Airways PLC*, 69 F. Supp. 2d 571 (S.D.N.Y. 1999), *aff'd*, 257 F.3d 256 (2d Cir. 2001).

[49] Nella specie, la corte ha rigettato la domanda di Virgin per la mancanza di sufficienti elementi probatori: cfr. *Virgin Atlantic Airways Ltd. v. British Airways PLC*, 69 F. Supp. 2d 571, 580-581 (S.D.N.Y. 1999).

[50] *Le Page's v. 3M*, 324 F.3d 141 (3d Cir. 2003), su cui v., *ex multis*, D.L. RUBINFELD, *op. cit.*; R.T. ENGLERT JR., *Defending the Result in LePage's v. 3M: A Response to Other Commentators*, in *Antitrust Bulletin*, 2005, 481.

[51] La misura degli sconti poteva variare dallo 0,2% all'1,25% del fatturato complessivo, in funzione del numero di linee di prodotti nelle quali il distributore raggiungeva il *target*, con applicazione dell'aliquota massima in caso di soddisfacimento di tutti gli obiettivi.

[52] *Le Page's v. 3M*, 324 F.3d 141, 147 (3d Cir. 2003).

paragonabile a quella dell'impresa dominante[53]. Inoltre, la corte ha ritenuto che, nella specie, fosse stata dimostrata l'esistenza di significativi effetti anticompetitivi, in quanto, a causa della politica commerciale dell'impresa dominante, le quote di mercato dei concorrenti erano diminuite.

Pur evocando il rischio che il sistema di sconti escludesse rivali altrettanto efficienti, ma dotati di un'offerta meno variegata, la corte non ha ritenuto necessario dimostrare l'impossibilità di compensare i clienti per la perdita del beneficio concesso dall'impresa dominante, offrendo un tasso di sconto più elevato, ma comunque sostenibile. L'abbassamento dello standard probatorio ha attirato una serie di critiche[54]: la pronunzia sembrava esporre alle ruvide attenzioni dell'antitrust, in assenza di una valida giustificazione commerciale, qualsiasi sistema di sconti che (i) includesse un assortimento di diversi prodotti, alcuni dei quali commercializzati separatamente da imprese prive di una gamma paragonabile, e (ii) determinasse una contrazione delle quote di mercato dei rivali, anche se meno efficienti[55].

L'attesa per una pronunzia della Corte Suprema che chiarisse i limiti di liceità degli sconti leganti è rimasta delusa. In sintonia con la posizione espressa dal governo degli Stati Uniti[56], la Corte Suprema ha preferito declinare la richiesta di *certiorari*, in considerazione dell'incompletezza del materiale probatorio raccolto nel giudizio d'appello e dell'opportunità di attendere ulteriori sviluppi nell'elaborazione giurisprudenziale e nella letteratura economica[57].

Negli anni seguenti, le motivazioni su cui si fondava la pronunzia *Le Page's* sono state reiteratamente poste in discussione dalle corti inferiori, che si sono mostrate inclini all'applicazione di criteri di valutazione più rigorosi, incentrati sul carattere predatorio del prezzo del *bundle* nel suo complesso o, quantomeno, del prezzo incrementale dei singoli prodotti[58], sebbene alcune

---

[53] *Id.*, 155.

[54] Cfr., tra gli altri, B.H. KOBAYASHI, *The Economics of Loyalty Discounts and Antitrust Law in the United States*, cit.; T.A. LAMBERT, *Evaluating bundled discounts*, cit.

[55] *Id.*

[56] Cfr. *Brief of United States as Amicus Curiae*, 2004 WL 1205191 (May 28, 2004).

[57] *Le Page's v. 3M*, 124 S. Ct. 2932 (2004) (*cert. denied*).

[58] In particolare, in *Masimo Corp. v. Tyco Health Care Group, L.P.*, No. CV 02-4770 MRP, 2006 WL 1236666, *14 (C.D. Cal. Mar. 22, 2006), la corte ha ritenuto che, in linea di principio, «*absent evidence of predatory pricing or tying, the practice of offering a discount on two or more bundled products is not anticompetitive under Section 2*». Una forte riluttanza a intervenire nei casi di prezzi non inferiori ai costi è stata manifestata anche in *N.W.S. Michigan, Inc. v. General Wine & Liquor Co.*, 58 Fed. Appx. 127, 129-30 (6th Cir. 2003), e *J.B.D.L. Corp v. Wyeth-Ayerst Laboratories Inc.*, Nos. 1:01-CV-704, 1:03-CV-781, 2005 WL 1396940 (S.D. Ohio June 13, 2005). In *Information Resources, Inc. v. Dun & Bradstreet Corp.*, 359 F. Supp. 2d

pronunzie abbiano rigettato l'idea che, in presenza di un sistema di sconti leganti, sia necessario dimostrare la mancata copertura dei costi[59].

3.3. L'affermazione del discount allocation test*: la relazione dell'AMC, il caso* PeaceHealth *e le posizioni del DOJ e della FTC*

Nel 2007, la relazione diffusa dalla US Antitrust Modernization Commission (AMC), istituita nel 2002 col compito di valutare possibili modifiche della disciplina antimonopolistica, ha criticato la pronunzia *Le Page's* per la sua inidoneità a stabilire se la pratica contestata integrasse una forma di concorrenza basata sui meriti o una condotta indebitamente escludente[60]. Sull'assunto che gli sconti leganti dovrebbero essere oggetto di scrutinio ai sensi dell'art. 2 dello Sherman Act soltanto allorché possano escludere un ipotetico concorrente altrettanto efficiente, l'AMC ha proposto un test di valutazione più strutturato, a tenore del quale la pratica sarebbe posta al bando esclusivamente ove sia possibile dimostrare che:

(i) il prezzo incrementale del prodotto esposto all'altrui concorrenza, calcolato allocando sullo stesso lo sconto attribuibile all'intero pacchetto, è inferiore ai suoi costi incrementali;

(ii) è probabile che il convenuto recuperi le perdite sofferte a causa della politica di sconti leganti; e

---

307 (S.D.N.Y. 2004), in sintonia con la posizione espressa in *British Airways*, ha corte ha affermato che «[w]*hen price discounts in one market are bundled with the price charged in a second market, the discounts must be applied to the price in the second market in determining whether that price is below that product's average variable cost*». In *Invacare Corp. v. Respironics, Inc.*, No. 1:04 CV 1580, 2006 WL 3022968, *12 (N.D. Ohio Oct. 23, 2006), la corte ha concesso un *summary judgment* alla convenuta, perché l'attrice e altri operatori erano in grado d'offrire pacchetti alternativi e non v'era alcuna dimostrazione del fatto che i prezzi praticati alla convenuta fossero inferiori ai costi. Sulla prassi giurisprudenziale nordamericana successiva al caso *Le Page's*, cfr., *inter alia*, J.H. HILPER, *A Bundle of Trouble: An Analysis of How the Lower Courts Have Handled Bundled Discounts Since* LePage's Inc. v. 3M, in *Missouri Law Review*, 2008, 203; S.P. GATES, *Antitrust and Rebates: A Study in Analogies*, cit.

[59] Cfr. *Applied Medical Resources Corp. v. Ethicon Inc.*, No. SA-CV-031329 (JVS) (MLGx), 2006 WL 1381697 (C.D. Cal. Feb. 3, 2006); *McKenzie-Willamette Hosp. v. PeaceHealth*, No. Civ. 02-6032-HA, 2004 WL 316282 (D. Or. Oct. 22, 2004); *Avery Dennison Corp. v. Acco Brands, Inc.*, No. CV 99-1877 DT (MCx), 2000 WL 986995 (C.D. Cal. Feb. 22, 2000).

[60] Ad avviso dell'AMC, le motivazioni addotte da *Le Page's* erano «*too vague*» e, quindi, «*likely to chill welfare enhancing bundled discounts or rebates*»: v. Antitrust Modernization Commission, *Report and Recommentations*, aprile 2007, disponibile sul sito Internet http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf, 97.

(iii) il sistema di sconti può produrre effetti anticompetitivi attuali o potenziali[61].

Alcuni mesi dopo, in *PeaceHealth*[62], la Corte d'Appello per il Nono Circuito s'è discostata dall'approccio adottato in *Le Page's*, ritenuto eccessivamente severo e inidoneo a distinguere le politiche commerciali procompetitive dalle condotte indebitamente escludenti[63]. Ad avviso del giudice d'appello, la giurisprudenza della Corte Suprema in tema di *predatory pricing* e *bidding*, incentrata sull'accertamento del rischio d'esclusione di rivali altrettanto efficienti mediante l'applicazione di un test di prezzo[64], indica che prezzi superiori a un'appropriata misura dei costi non possono essere considerati incompatibili con le norme antitrust[65]. Il comune utilizzo del *mixed bundling* nella prassi commerciale e il timore di scoraggiare un'efficace forma di concorrenza sui prezzi hanno indotto la corte a enfatizzare il rischio di falsi positivi, propendendo per un approccio più cauto di quello adottato dalla Corte d'Appello per il Terzo Circuito in *Le Page's*[66].

Dopo aver analizzato diversi possibili test di prezzo, ha corte ha adottato uno standard simile al *discount allocation test* proposto dall'AMC, a tenore del quale un'impresa non viola l'art. 2 dello Sherman Act qualora, dopo aver allocato l'intero sconto sul prodotto esposto all'altrui concorrenza, il prezzo incrementale risulti superiore al CVM sostenuto per la produzione di tale bene o servizio[67]. Peraltro, discostandosi dai suggerimenti dell'AMC, la

---

[61] Per un'analisi critica, cfr., *inter alia*, A.M. PANNER, *Bundled Discounts and the Antitrust Modernization Commission*, eSapience Center for Competition Policy, luglio 2007, 6, per il quale il test proposto dall'AMC non sarebbe agevolmente amministrabile e, pur essendo notevolmente più permissivo dell'approccio adottato in *Le Page's*, potrebbe scoraggiare politiche di sconti aggressive; per una difesa del test proposto dall'AMC, cfr., invece, B.R. BURCHFIELD, *An emerging consensus on bundled discounts under section 2 of the Sherman Act?*, in *Antitrust Bulletin*, 2009, 233.

[62] *Cascade Health Solutions v. PeaceHealth*, 515 F.3d 883 (9th Cir. 2008).

[63] Secondo la corte, infatti, l'approccio adottato dalla Corte d'Appello per il Terzo Circuito in *Le Page's* rischierebbe di condurre alla conclusione che «*all bundled discounts offered by a monopolist are anticompetitive with respect to its competitors who do not manufacture an equally diverse product line*»: *id.*, 899.

[64] Cfr. *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993), e *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardware Lumber Co.*, 127 S. Ct. 1069 (2007).

[65] *Cascade Health Solutions v. PeaceHealth*, 515 F.3d 883, 901 (9th Cir. 2008).

[66] «[P]*rice cutting is a practice that antitrust laws aim to promote*»: *id.*, 906.

[67] *Id.*, 906-910. In senso contrario, cfr., peraltro, *Meijer, Inc. v. Abbott Laboratories*, 544 F. Supp. 2d 995 (N.D. Cal. 2008), secondo la quale, nell'industria farmaceutica, caratterizzata da elevati costi fissi legati all'attività di ricerca e sviluppo e ridotti costi variabili, un test come quello proposto dalla Corte d'Appello per il Nono Circuito potrebbe condurre all'esclusione di concorrenti efficienti.

corte ha ritenuto che non fosse necessario fornire la prova di una ragionevole probabilità di *recoupment* in quanto, a differenza dei prezzi predatori, il *bundling* non comporta necessariamente alcuna perdita di profitti per l'impresa dominante[68]. In aggiunta, la corte ha ritenuto che il terzo elemento previsto dal test proposto dall'AMC (ossia, la prova di un effetto negativo sulla concorrenza) fosse ridondante, giacché non si differenziava dal requisito generale dell'*antitrust injury*, che un attore deve necessariamente dimostrare in un giudizio di risarcimento dei danni da violazione della disciplina antimonopolistica[69].

Nel Section 2 Report, il DOJ ha ribadito che uno standard sufficientemente accurato e amministrabile per la valutazione degli sconti leganti praticati da un'impresa egemone dovrebbe incorporare un test di prezzo[70]. Tuttavia, il DOJ ha distinto due diverse ipotesi. Ove la concorrenza *bundle-to-bundle* sia ragionevolmente possibile, perché altri significativi operatori, o gruppi di imprese rivali, possono formulare un'offerta congiunta di un'analoga gamma di prodotti, il potenziale anticompetitivo degli sconti leganti rispecchierebbe quello generalmente associato ai prezzi predatori. Di conseguenza, in sintonia coi principî generali in tema di *predatory pricing*, gli sconti leganti dovrebbero essere considerati anticompetitivi esclusivamente allorché: (i) il prezzo complessivo del *bundle* sia inferiore a un'appropriata misura dei costi; e (ii) sia fornita la prova di una ragionevole possibilità di *recoupment*[71].

Per contro, ove la concorrenza *bundle-to-bundle* non sia ragionevolmente possibile, il potenziale anticompetitivo degli sconti leganti sarebbe assimilabile a quello del *tying*. In tali ipotesi, il Section 2 Report suggeriva l'applicazione di un *discount allocation safe harbor* simile a quello proposto dall'AMC e adottato dalla Corte d'Appello per il Nono Circuito in *PeaceHealth*: gli sconti leganti erano considerati leciti ove il prezzo incrementale del prodotto esposto all'altrui concorrenza, stimato allocando

---

[68] Pertanto, sarebbe «*analytically* [un]*helpful to think in terms of recoupment of a loss that did not occur*»: *Cascade Health Solutions v. PeaceHealth*, 515 F.3d 883, 910, nota 21 (9th Cir. 2008).

[69] *Contra*, sull'assunto che il solo *discount allocation test*, senza i due ulteriori elementi previsti dal test elaborato dall'AMC, non sia sufficiente a garantire un adeguato bilanciamento tra protezione delle politiche di sconti benefiche e divieto di quelle anticompetitive, cfr. B.R. BURCHFIELD, *op. cit.* Sulla mancata adozione del terzo elemento del test elaborato dall'AMC, cfr. anche, in senso critico, H. HOVENKAMP-E. HOVENKAMP, *Exclusionary Bundled Discounts and the Antitrust Modernization Commission*, cit.

[70] Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, cit., 98.

[71] *Id.*, 101.

sullo stesso l'intero sconto concesso dall'impresa interessata, non fosse inferiore ai costi incrementali sostenuti per la produzione dello stesso[72]. In caso di sistemi di sconti comprendenti diversi beni o servizi esposti all'altrui concorrenza, il test di prezzo proposto dal DOJ sarebbe stato applicato a tutti tali prodotti considerati congiuntamente[73]. Le politiche di sconti leganti che non superavano il *discount allocation test* non erano considerate senz'altro anticompetitive, bensì erano assoggettate a un esame più approfondito, nell'ambito del quale l'attrice aveva comunque l'onere di dimostrare un pregiudizio attuale o probabile alla concorrenza[74].

Nel 2009, in *Intel*, la FTC ha mosso una serie di contestazioni all'impresa dominante nel mercato dei processori, alcune delle quali erano fondate sull'offerta di sconti leganti per l'acquisto di tali prodotti e unità di elaborazione grafica[75]. In linea col *discount allocation test*, la FTC ha contestato all'impresa egemone che il prezzo incrementale di alcuni prodotti inclusi nel *bundle* non copriva un'appropriata misura dei costi. In tal modo, l'impresa egemone aveva non soltanto tentato di monopolizzare il mercato delle unità di elaborazione grafica, ma anche preservato la propria posizione monopolistica nella vendita di processori, posto che le accresciute funzionalità delle prime rappresentavano una potenziale minaccia concorrenziale per i secondi[76]. Nell'ottobre del 2010, Intel e la FTC hanno raggiunto un accordo, che vieta all'impresa egemone, *inter alia*, l'offerta di sconti leganti idonei a condurre a un prezzo incrementale di uno dei prodotti del *bundle* inferiore ai costi di produzione, comprensivi del CVM e di un'appropriata percentuale dei costi fissi affondati.

4. Gli sconti leganti nel diritto europeo della concorrenza

In Europa, gli sconti leganti sono stati tacciati d'illiceità per la loro tendenza a fidelizzare la clientela e agire come *tie-in* ai sensi dell'art. 102, lett. *d)*, TFUE, escludendo dal mercato o, comunque, ostacolando l'accesso o l'espansione dei fornitori dei singoli prodotti[77]. Gli Orientamenti sull'art. 102 TFUE sembrano preludere a una maggior attenzione agli effetti concreti della

---

[72] *Ibid.*

[73] *Ibid.*, nota 104.

[74] Il Section 2 Report è stato revocato dall'amministrazione democratica, ma la sezione relativa agli sconti leganti non rientra tra quelle che hanno attirato le principali critiche.

[75] Cfr. *In re Intel Corp.*, Docket No. 9341 (FTC, 16 dicembre 2009).

[76] *Id.*, 15.

[77] Cfr. N. ECONOMIDES-I. LIANOS, *op. cit.*; C. ROQUES, *Bundled Discounts and EC Judicial Review*, Global Competition Policy, giugno 2008.

pratica, ma l'approccio delineato dalla Commissione non è stato ancora testato nella prassi applicativa e, sul piano teorico, solleva diverse perplessità.

4.1. Il potenziale escludente: l'orientamento tradizionale delle istituzioni europee

Nella prassi europea, gli sconti leganti sono stati ritenuti illeciti in quanto idonei a fidelizzare la clientela, acuendo i potenziali effetti escludenti generalmente imputati agli sconti *target* e fedeltà. In particolare, in *Hoffmann-La Roche*, nell'analizzare la politica di sconti fedeltà attuata dall'impresa dominante, le istituzioni europee hanno tenuto conto del fatto che, in alcuni casi, il beneficio fosse computato sulla totalità delle forniture, cumulando gli acquisti di vitamine appartenenti a mercati merceologici distinti[78]. Ad avviso delle istituzioni europee, il computo del beneficio sull'intero assortimento di vitamine commercializzato da Hoffmann-La Roche acuiva l'effetto fidelizzante del sistema di sconti fedeltà attuato dall'impresa dominante[79].

In aggiunta, le istituzioni europee hanno censurato le politiche di sconti leganti per la loro capacità d'agire come una forma di *tie-in* ai sensi dell'art. 102, lett. *d)*, TFUE, escludendo dal mercato o, comunque, ostacolando i fornitori dei singoli prodotti inclusi nel sistema di incentivi. Nel citato caso *Hoffmann-La Roche*, ad esempio, le istituzioni europee hanno ritenuto che, oltre ad acuire l'effetto fidelizzante del sistema, il calcolo dello sconto sull'intero assortimento di vitamine commercializzato dall'impresa dominante violasse l'art. 102, lett. *d)*, TFUE, perché stabiliva un legame tra gli acquisti di prodotti distinti[80].

Analogamente, in *Michelin I*, la Commissione ha sanzionato l'impresa dominante nel mercato olandese dei pneumatici nuovi di ricambio per autoveicoli pesanti, *inter alia*, per aver concesso un incentivo di carattere

---

[78] Il mancato raggiungimento delle soglie fissate dall'impresa egemone limitatamente ad alcuni prodotti determinava la perdita del beneficio con riferimento a tutti i gruppi di vitamine coperti dall'accordo.

[79] Cfr. Commissione 9 giugno 1976, caso IV/29.020, *Vitamine*, cit., § 24; Corte Giust. 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, cit., § 110. In senso conforme, cfr. Commissione 5 dicembre 1988, caso IV/31.900, *BPB Industries*, cit., §§ 148-152.

[80] Cfr. Corte Giust. 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, cit., § 111. Sulla base dei principî sanciti nel caso *Hoffmann-La Roche*, nel 1996, in *IRI/AC Nielsen*, la Commissione ha inviato ad AC Nielsen una comunicazione degli addebiti, nella quale qualificava come *tying* geografico la concessione di uno sconto ai clienti che avessero acquistato i servizi della società in un determinato numero di paesi diversi: v. Commissione, *Ventiseiesima relazione sulla politica di concorrenza*, Brussels, 1997, 144-148. Per superare i rilievi della Commissione, AC Nielsen si è impegnata a garantire l'*unbundling* dei contratti che coprivano più di uno Stato.

legante[81]. Ad avviso della Commissione, l'impresa dominante aveva subordinato la possibilità di godere di uno sconto sui pneumatici per autoveicoli pesanti all'acquisto di pneumatici per autovetture, sfruttando la propria egemonia nel primo mercato per rafforzare ulteriormente la sua significativa posizione nel secondo[82].

In *Hilti*, le istituzioni europee hanno analizzato due tipi di sconti leganti concessi da un'impresa produttrice di sistemi di fissaggio e relativi accessori. L'impresa dominante aveva attuato una politica commerciale discriminatoria intesa a scoraggiare gli ordini di soli caricatori, concedendo maggiori sconti ai clienti che acquistavano, al contempo, chiodi della medesima marca, e aveva riconosciuto sconti più elevati a determinati acquirenti individuati sulla base di una serie di requisiti, tra cui la fedeltà alla marca per un'intera famiglia di prodotti[83]. La Commissione ha condannato entrambe le pratiche, quali parti integranti di una politica commerciale sistematica volta a escludere i produttori indipendenti di chiodi, impedendo ai clienti di scegliere liberamente le proprie fonti d'approvvigionamento[84].

---

[81] In particolare, il produttore aveva riconosciuto un abbuono annuale *una tantum*, pari allo 0,5% del fatturato complessivo relativo ai pneumatici per autoveicoli pesanti e a quelli per autovetture, ai distributori che avessero raggiunto un determinato obiettivo nell'acquisto dei secondi: cfr. Commissione 7 ottobre 1981, caso IV/29.491, *Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin*, cit., §§ 27 e 50.

[82] Peraltro, la decisione della Commissione è stata annullata, *in parte qua*, dalla Corte di Giustizia, sulla base di una diversa interpretazione degli elementi fattuali: cfr. Corte Giust. 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin/Commissione*, cit., §§ 92-99.

[83] Il fornitore non aveva dichiarato agli acquirenti la propria intenzione d'adottare tale sistema di classificazione, né aveva fornito informazioni circa i criteri di selezione, limitandosi a decidere unilateralmente la misura del beneficio e comunicarla senza ulteriori spiegazioni: v. Commissione 22 dicembre 1987, caso IV/30.787-31.488, *Eurofix-Bauco/Hilti*, G.U. L 65/19 (1988), §§ 43 e 82.

[84] *Id.*, §§ 75 e 83. La decisione è stata confermata dal Tribunale UE. Quest'ultimo non s'è soffermato sull'analisi della portata escludente della pratica legante, limitandosi a rilevare che la stessa impresa ricorrente aveva ammesso il carattere abusivo della stessa, ove attuata da un operatore dominante: v. Trib. UE 12 dicembre 1991, causa T-30/89, *Hilti/Commissione*, in *Raccolta*, 1991, II-1439, § 82, confermata da Corte Giust. 2 marzo 1994, causa C-53/92 P, *Hilti/Commissione*, in *Raccolta*, 1994, I-667. È altresì degno di menzione il caso *Tetra Pak II*. L'impresa egemone aveva attuato un'articolata politica commerciale intesa a legare la vendita e l'affitto di macchine per il condizionamento di alimenti liquidi e semiliquidi al contemporaneo acquisto di cartoni, servizi di manutenzione e parti di ricambio. La Commissione ha rilevato che, nell'ambito della sua strategia escludente, l'impresa interessata aveva accordato sconti sulle spese di assistenza, manutenzione e aggiornamento tecnico delle macchine, o sul canone di locazione delle stesse, in funzione del numero di cartoni impiegati, in modo da incentivare i clienti a rispettare l'obbligo d'esclusiva nell'approvvigionamento di questi ultimi. Cfr. Commissione 24 luglio 1991, caso IV/31.043, *Tetra Pak II*, G.U. L 72/1 (1992), §§ 111-114 e 139, confermata da Trib. UE 6 ottobre 1994, causa T-83/91, *Tetra Pak/Commissione*, in

Più recentemente, in *Michelin II*, la Commissione ha ritenuto che il «premio di servizio» istituito da un'impresa dominante nel mercato dei pneumatici, oltre ad avere carattere fidelizzante[85], permettesse di realizzare vendite collegate[86]. La misura del premio – corrispondente a una percentuale del fatturato annuo realizzato dai distributori nella vendita di tutte le categorie di pneumatici forniti da Michelin France – dipendeva dal numero di punti conseguiti da ciascun rivenditore, in base a una griglia di valutazione concernente, in linea di massima, la qualità del servizio. Peraltro, l'assegnazione di uno dei punti era condizionata al fatto che il rivenditore s'impegnasse ad avvalersi sistematicamente dei servizi dell'impresa egemone per la ricostruzione delle carcasse dei pneumatici Michelin. La Commissione ha ritenuto che l'impresa transalpina avesse sfruttato la sua dominanza nel mercato dei pneumatici nuovi per mezzi pesanti per consolidare la propria posizione nel settore contiguo dei servizi di ricostruzione, poiché il rischio di riduzione del premio calcolato sul fatturato totale relativo ai diversi prodotti Michelin costituiva un forte disincentivo a rivolgersi a imprese indipendenti[87].

In linea con l'orientamento tradizionale delle istituzioni europee, l'Autorità ha censurato le politiche di sconti leganti attuate da imprese dominanti per violazione della normativa antitrust interna o dell'art. 102 TFUE, in virtù della loro attitudine a estendere la posizione d'egemonia in ambiti merceologici diversi o, comunque, fidelizzare la clientela.

In particolare, in *Marinzulich/Tirrenia*[88], l'Autorità ha ritenuto incompatibile con l'art. 3 della l. 287/90 due condotte poste in essere dall'impresa dominante nel mercato del trasporto marittimo di merci *roll-*

Raccolta, 1994, II-755. La pronunzia del Tribunale è stata confermata da Corte Giust. 14 novembre 1996, causa C-333/94 P, *Tetra Pak/Commissione*, cit.

[85] Sul punto, v. *supra*, Cap. II, § 4.1.2.

[86] Commissione 20 giugno 2001, caso COMP/E-2/36.041/PO, *Michelin*, cit., §§ 256-258.

[87] Sebbene il rispetto dell'impegno assicurasse soltanto un punto su trentacinque e l'ottenimento di trentun punti fosse sufficiente a conseguire il premio percentuale più elevato, il Tribunale ha avallato il giudizio della Commissione, rilevando che: (i) difficilmente i distributori si sarebbero rivolti a operatori indipendenti, giacché la ricostruzione dei pneumatici presso l'impresa dominante era uno dei requisiti più agevoli da soddisfare; e, (ii) in ogni caso, il sistema mirava a limitare la libertà di scelta dei rivenditori e a precludere l'accesso al mercato contiguo. Cfr. Trib. UE 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin/Commissione*, cit., §§ 161-167. Alcuni anni dopo, l'*Undertaking Coca-Cola* ha confermato l'ostilità delle istituzioni europee nei confronti di sconti e altri benefici finanziari di carattere legante. Nella specie, per rimuovere le preoccupazioni espresse dalla Commissione, Coca-Cola si è impegnata a non condizionare alcun pagamento o altro vantaggio nella fornitura di bibite a gusto cola o arancia all'acquisto di ulteriori tipi di bevande: v. *Press Release* - IP/05/775 del 22 giugno 2005, nonché *Undertaking*, Case COMP/39.116/B-2, *Coca-Cola*, cit., § II.A.6.

[88] Autorità 10 aprile 1992, n. 453 (A13), *Marinzulich/Tirrenia*, cit.

on/roll-off: (i) la promessa di uno sconto di fine anno condizionato all'utilizzo esclusivo delle navi dell'impresa dominante sulle diverse rotte in cui la stessa era operativa; e (ii) l'applicazione di premi annuali di produzione, commisurati al fatturato assicurato dal cliente sull'insieme delle tratte. Ad avviso dell'Autorità, la promessa di tali sconti – anche se non seguita dall'effettiva applicazione – condizionava la libertà di scelta degli utenti, inducendoli a utilizzare i servizi offerti dall'impresa egemone non soltanto sulla tratta monopolizzata (Genova-Cagliari), ma anche su quella esposta alla pressione concorrenziale di altri operatori (Livorno-Cagliari)[89].

Alcuni anni dopo, in *Albacom*, l'Autorità ha censurato una politica di sconti attuata da Telecom Italia per la sua capacità d'estendere ad ambiti commerciali liberalizzati la posizione monopolistica all'epoca detenuta, *ex lege*, dal gestore pubblico nel mercato del servizio di telefonia vocale riservato, in violazione dell'art. 3 della l. 287/90[90]. In particolare, l'*incumbent* aveva condizionato l'applicazione di tariffe ridotte per il servizio di fonia su rete pubblica commutata – settore nel quale deteneva una posizione di monopolio – al raggiungimento di determinati volumi di traffico nell'acquisto di un servizio telefonico assimilabile a quello di fonia vocale per gruppi chiusi di utenti, fornito in concorrenza con altri operatori. Ad avviso dell'Autorità, la concessione di una riduzione tariffaria sul traffico telefonico sviluppato sulla rete pubblica incentivava i clienti a rivolgersi all'*incumbent* per tutte le proprie esigenze di fonia, mentre i rivali, che prestavano i soli servizi liberalizzati, non erano in grado di formulare offerte competitive.

Successivamente, in *Aeroporti di Roma – Tariffe del Groundhandling*, l'Autorità ha ritenuto che il sistema di sconti sulle tariffe dei servizi di assistenza a terra (servizi di *handling*), attuato dalla società Aeroporti di Roma, fosse idoneo a consolidare la posizione dominante che essa deteneva in tale mercato, in qualità di concessionaria esclusiva della gestione dell'aeroporto di Roma-Fiumicino, creando barriere all'entrata in un settore in via di liberalizzazione[91]. In particolare, il sistema contemplava la concessione di sconti «quantità» calcolati retroattivamente sulla spesa complessiva per l'acquisto dell'intera gamma di servizi di assistenza a terra forniti dal concessionario, a condizione che il fatturato *handling* imputabile al vettore

---

[89] Secondo l'Autorità, il carattere abusivo del comportamento era aggravato dal fatto che l'impresa dominante avesse aumentato la frequenza delle proprie navi sulla linea merci Livorno-Cagliari, in coincidenza con le partenze della società concorrente, nonostante le perdite registrate su tale rotta: *id.*, § 6.

[90] Autorità 29 maggio 1997, n. 5034 (A156), *Albacom-Servizio Executive*, in *Bollettino*, 1997, 22.

[91] Autorità 20 settembre 2000, n. 8692 (A247), *Aeroporti di Roma – Tariffe del Groundhandling*, in *Bollettino*, 2000, 38.

nell'anno di riferimento non risultasse inferiore, al netto dell'inflazione, a quello dell'anno precedente. Inoltre, il gestore aeroportuale aveva offerto sconti «durata», calcolati in funzione crescente del fatturato *handling* globale generato dal vettore e della durata del contratto, in caso di sottoscrizione di un apposito accordo pluriennale di fornitura. Pur rimarcando il carattere fidelizzante del sistema di sconti[92], l'Autorità ha ritenuto che, nella specie, non fosse configurabile alcuna violazione dell'art. 102 TFUE, perché la politica commerciale dell'impresa dominante non aveva avuto, in concreto, alcun impatto sul mercato[93].

4.2. Gli Orientamenti

Facendo seguito al Discussion Paper[94], gli Orientamenti hanno fornito, all'interno della sezione relativa alle pratiche leganti, alcune indicazioni circa i criteri che la Commissione intende seguire nell'analisi degli sconti multi-prodotto[95]. I criteri di valutazione delineati dalla Commissione sono incentrati sul confronto fra prezzi e costi incrementali, in applicazione del test del concorrente altrettanto efficiente. In particolare, gli Orientamenti precisano che, ove il prezzo incrementale che i clienti pagano per ciascun prodotto, calcolato allocando sullo stesso l'intero sconto concesso dall'impresa dominante sui diversi beni o servizi facenti parte del sistema, sia superiore al CIMLP sostenuto per includere tale bene o servizio nel pacchetto, di norma non è necessario intervenire, perché un concorrente altrettanto efficiente dovrebbe

[92] Nello stigmatizzare il potenziale fidelizzante degli sconti «quantità», il provvedimento ha attribuito particolare rilievo, oltre che alla lunghezza del periodo di riferimento e al carattere retroattivo del sistema, al fatto che il beneficio fosse computato sul fatturato derivante dalla vendita di tutti i servizi di *handling* forniti dal gestore aeroportuale: cfr. Autorità 20 settembre 2000, n. 8692 (A247), *Aeroporti di Roma – Tariffe del Groundhandling*, cit., §§ 116-123. Per quanto concerne, invece, gli sconti «durata», l'Autorità ha rilevato come gli stessi fossero atti, da un lato, a rafforzare la pressione ad acquistare l'intera gamma di servizi dall'impresa dominante e, dall'altro, a instaurare rapporti commerciali di lungo periodo coi vettori, a scapito dei rivali attuali e potenziali: *id.*, §§ 124-131.

[93] Infatti, nel periodo d'applicazione degli sconti «quantità», non erano attivi fornitori alternativi, per motivi estranei alla condotta della società gerente, tra cui il ritardo nel recepimento della direttiva 96/67/CEE del Consiglio del 15 ottobre 1996, relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità. Inoltre, di fatto, gli sconti «durata» non erano stati concessi, a causa del mancato perfezionamento degli accordi pluriennali di fornitura: *id.*, §§ 132-135.

[94] Cfr. *DG Competition discussion paper*, cit.

[95] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit.

essere, in linea di principio, in grado di formulare un'offerta competitiva[96]. In caso contrario, l'intervento repressivo dell'antitrust potrebbe essere giustificato.

Peraltro, gli Orientamenti aggiungono che, ove forme di concorrenza *bundle-to-bundle* siano possibili, perché le imprese rivali sono in grado d'offrire un identico pacchetto o potrebbero farlo tempestivamente senza essere scoraggiati dagli eventuali costi aggiuntivi, la questione rilevante non è se il prezzo incrementale sia superiore al CIMLP per ciascun prodotto incluso nel pacchetto, bensì se il prezzo del *bundle* nel suo complesso sia predatorio[97].

Qualora il test di prezzo appropriato nella specie non sia superato, non vi sarebbe una presunzione d'illiceità, in quanto la Commissione avrebbe comunque l'onere di provare che la pratica ha avuto, o potrebbe avere, un impatto negativo sulle condizioni competitive nei mercati interessati, secondo i criteri generali delineati dagli Orientamenti[98].

4.3. Le possibili giustificazioni obiettive

Nella prassi applicativa, le istituzioni europee hanno tradizionalmente ritenuto che le politiche di sconti di carattere fidelizzante non siano giustificate da economie di scala, perché il beneficio concesso dall'impresa dominante non riflette esattamente i risparmi di costo resi possibili da ordinativi d'ingente ammontare[99].

In *Hilti*, la Commissione ha ritenuto che la politica di sconti leganti attuata dall'impresa dominante non fosse giustificata neppure dall'esigenza di garantire la qualità dei prodotti secondari utilizzati in combinazione con un prodotto primario, onde evitare possibili malfunzionamenti o problemi di sicurezza[100]. Il Tribunale ha confermato che le pretese esigenze di sicurezza

---

[96] *Id.*, §§ 59-60. Negli Orientamenti, la Commissione rileva che, in linea teorica, l'impatto di un sistema di sconti leganti dovrebbe essere analizzato verificando se i ricavi incrementali coprano i costi incrementali per ciascun prodotto incluso nel pacchetto, posto che la condotta di un'impresa dominante in un mercato può influenzare negativamente i suoi ricavi in altri mercati. Ciò nondimeno, gli Orientamenti precisano che, nella normalità dei casi, la Commissione assumerà il prezzo incrementale come *proxy* del ricavo incrementale, in ragione della difficoltà di stimare tale ultima misura (*id.*, §§ 26, nota 3, e 60).

[97] *Id.*, § 61; nello stesso senso, cfr. *DG Competition discussion paper*, cit., § 195.

[98] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., §§ 20-21.

[99] Cfr. *supra*, cap. II, § 6.1.

[100] Ad avviso della Commissione, il fornitore avrebbe potuto risolvere eventuali problemi di sicurezza nell'utilizzo del prodotto primario, con effetti meno restrittivi, avviando azioni legali o d'altro tipo nei confronti dei fornitori indipendenti del prodotto secondario. Inoltre, i controlli e gli standard previsti dalle normative vigenti negli Stati membri apparivano adeguati a prevenire

non giustificavano i comportamenti sanzionati, giacché non spettava all'impresa dominante adottare, di propria iniziativa, misure destinate a prevenire l'uso di prodotti ritenuti pericolosi o, comunque, qualitativamente inferiori ai propri[101].

Negli Orientamenti, pur ammettendo, in linea di principio, che una condotta escludente possa esser oggettivamente necessaria per ragioni di salute o sicurezza, la Commissione ha ribadito il principio secondo cui, di norma, le imprese non possono sostituirsi alle autorità pubbliche nel controllo degli standard qualitativi dei prodotti[102]. Mostrando una maggior apertura rispetto al passato, la Commissione ha dichiarato una generica disponibilità a considerare eventuali guadagni d'efficienza derivanti dall'uso di forme di *bundling*, quali risparmi nella produzione, nella distribuzione o nell'acquisto dei prodotti interessati, riduzioni dei costi di transazione o miglioramenti della capacità di lancio di un prodotto, valutandoli alla stregua delle quattro condizioni mutuate dall'art. 101, par. 3, TFUE, ma non ha fornito indicazioni più dettagliate circa il concreto apprezzamento delle possibili virtù efficientistiche delle pratiche leganti[103].

5. L'analisi antitrust degli sconti leganti tra preclusione e predatorietà

La ricerca di uno standard di valutazione sufficientemente accurato e amministrabile non ha condotto a soluzioni condivise. Su entrambi i versanti dell'Atlantico, si conviene che, anche qualora non siano varcate le soglie della predatorietà, un sistema di sconti leganti possa cagionare effetti anticompetitivi, soprattutto nei casi in cui gli incentivi siano retroattivi e basati su soglie personalizzate, ma il trattamento della pratica continua a essere oggetto di un intenso dibattito, che riflette la difficoltà d'individuare principi e criteri unificanti idonei a fungere da guida nell'analisi delle condotte unilaterali escludenti.

Una questione a lungo dibattuta è se l'analisi degli sconti leganti debba incorporare un test basato sulla comparazione tra i prezzi (incrementali) e

---

il rischio di malfunzionamenti, peraltro non dimostrati. Cfr. Commissione Ce 22 dicembre 1987, caso IV/30.787-31.488, *Eurofix-Bauco/Hilti*, cit., §§ 87-96.

[101] Cfr. Trib. UE 12 dicembre 1991, causa T-30/89, *Hilti/Commissione*, cit., §§ 115-119.

[102] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 29.

[103] *Id.*, § 62. Indicazioni più dettagliate erano contenute nel Discussion Paper, che peraltro non lasciava presagire ampi spazi per eventuali considerazioni d'efficienza. Cfr. *DG Competition discussion paper*, cit., §§ 204-206.

un'appropriata misura dei costi[104], o debba focalizzarsi soltanto sulla loro capacità d'ostacolare l'accesso al mercato o l'espansione dei concorrenti e accrescere i loro costi[105]. I divergenti approcci emersi nella giurisprudenza, nella prassi decisionale delle autorità antitrust e in dottrina riflettono diverse visioni circa gli obiettivi della politica di concorrenza, la capacità delle corti di applicare standard di valutazione particolarmente complessi, nonché i costi e la frequenza degli errori di tipo I e II. L'adozione di un test di prezzo si fonda sull'idea che la disciplina antimonopolistica dovrebbe proteggere la concorrenza e non i concorrenti, nonché sulla convinzione che gli sconti leganti rappresentino un'efficace leva competitiva e possano essere giustificati da legittime esigenze commerciali. Per contro, l'idea che l'analisi degli sconti leganti debba focalizzarsi sul grado di preclusione e sull'eventuale accrescimento dei costi dei rivali, senza applicare alcun test di prezzo, riflette: (i) un'enfasi sull'esigenza di salvaguardare l'apertura dei mercati e prevenire la creazione di potenziali ostacoli all'ingresso o all'espansione delle imprese rivali; (ii) il timore che, nella maggioranza dei casi, gli effetti anticompetitivi degli sconti leganti siano superiori ai potenziali guadagni d'efficienza; e (iii) una limitata fiducia nella capacità dei giudici di applicare test di prezzo particolarmente complessi.

Facendo leva sull'assunto che gli sconti leganti producano effetti assimilabili a quelli di altri comuni tipi di condotte unilaterali escludenti, quali l'imposizione di obblighi d'acquisto esclusivo e il *tie-in*, parte della dottrina ha sostenuto che una disparità di trattamento rispetto a tali pratiche sarebbe ingiustificata[106]. In realtà, l'analogia tra sconti leganti e altri tipi di condotte unilaterali escludenti non è assoluta. La concessione di sconti leganti non

---

[104] In tal senso, cfr., tra gli altri, D. GERADIN, *A Proposed Test for Separating Pro-Competitive Conditional Rebates from Anti-Competitive Ones*, cit.; T.A. LAMBERT, *Appropriate Liability Rules for Tying and Bundled Discounting*, cit.; ID., *Evaluating bundled discounts*, cit.; B. NALEBUFF, *Exclusionary Bundling*, cit.; T.J. MURIS-V.L. SMITH, *Antitrust and Bundled Discounts: an Experimental Analysis*, in *Antitrust Law Journal*, 2008, 399; P.E. AREEDA-H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, 2004, cit.; D.A. CRANE-J. WRIGHT, *Can Bundled Discounting Increase Consumer Prices Without Excluding Rivals?*, in *Competition Policy International*, 2009, 209; M.L. POPOFSKY, *Drawing a Line between Bundling and Contractual Exclusion under the Sherman Act*, in *Global Competition Policy*, giugno 2008; V. AURICCHIO, *Discount Policies in US and EU Antitrust Enforcement Models: Protecting Competition, Competitors or Consumer Welfare?*, in *European Competition Journal*, 2007, 373.

[105] Cfr. T.J. BRENNAN, *Bundled Rebates as Exclusion Rather Than Predation*, cit.; E. ELHAUGE, *Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, cit.; H.E. FRECH III, *Some Thoughts on Bundled Rebates and Exclusionary Policies*, in *Global Competition Policy*, giugno 2008; N. ECONOMIDES-I. LIANOS, *op. cit.*; J. RUBIN, *Bundling as Exclusionary Pricing to Maintain Monopoly*, in *Global Competition Policy*, giugno 2008.

[106] Cfr. H.E. FRECH III, *op. cit.*; N. ECONOMIDES-I. LIANOS, *op. cit.*

comporta alcun vincolo giuridico d'approvvigionamento esclusivo in capo alla clientela, sicché i rivali possono sottrarre clienti all'impresa dominante mediante l'offerta di condizioni più vantaggiose. Per stabilire se una politica di sconti leganti precluda effettivamente l'accesso alla clientela, legandola *de facto* all'operatore dominante, occorre verificare se rivali efficienti siano in grado di formulare un'offerta competitiva, mediante l'applicazione di un adeguato test di prezzo[107].

Ciò nonostante, alcuni fautori dell'orientamento contrario all'applicazione di un test di prezzo hanno sostenuto che, nell'ottica della teoria delle decisioni, gli sconti leganti non meriterebbero la medesima cautela riservata ai prezzi predatori. In *Brooke Group*[108], la Corte Suprema degli Stati Uniti ha elaborato una regola giurisprudenziale *ad hoc* che mira a minimizzare il rischio di falsi positivi, in considerazione dell'estrema difficoltà di distinguere forme di vigorosa concorrenza sui prezzi da politiche commerciali predatorie, nonché del fatto che, nel breve termine, il *predatory pricing* si traduce necessariamente in un beneficio per i consumatori. Nel caso degli sconti leganti, uno standard probatorio altrettanto elevato non sarebbe giustificato[109], giacché il rischio di scoraggiare la concorrenza sui prezzi non è altrettanto elevato e, anche nel breve termine, il vantaggio per i consumatori potrebbe rivelarsi illusorio, ove la concessione degli sconti s'accompagni a un incremento del prezzo *stand-alone*[110].

In senso contrario all'adozione di un test di prezzo, è stato rilevato, altresì, che la pressione concorrenziale esercitata da rivali meno efficienti può limitare l'esercizio del potere di mercato dell'impresa dominante e, di conseguenza, accrescere il benessere dei consumatori, ove i guadagni in termini d'efficienza allocativa generati da minori prezzi siano superiori all'inefficienza produttiva derivante dai maggiori costi sostenuti dai concorrenti minori[111].

---

[107] Cfr. *Cascade Health Solutions v. PeaceHealth*, 515 F.3d 883, 911 (9th Cir. 2008).

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

[109] Cfr. T.J. BRENNAN, *Bundled Rebates as Exclusion Rather Than Predation*, cit.; J. RUBIN, *op. cit.*

[110] Cfr. D.L. RUBINFELD, *op. cit.*; P. GREENLEE-D. REITMAN-D.S. SIBLEY, *op. cit.*

[111] Cfr. E. ELHAUGE, *Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, cit.; F.P. MAIER-RIGAUD, *Article 82 Rebates: Four Common Fallacies*, cit.; G.A. HAY, *op. cit*; N. ECONOMIDES-I. LIANOS, *op. cit.*; N. ECONOMIDES, *Tying, Bundling and Loyalty/Requirement Rebates*, cit.; T.J. BRENNAN, *Bundled Rebates as Exclusion Rather Than Predation*, cit.; H.E. FRECH III, *op. cit.* Nel senso che, in ipotesi del genere, lo standard di valutazione degli sconti leganti dovrebbe essere incentrato sull'impatto sul benessere dei consumatori, piuttosto che sulla relazione tra prezzi e costi dell'impresa egemone, cfr., altresì, Brief of Amici Curiae American Antitrust Institute, Consumer Federation of America and Consumers Union Supporting McKenzie-Williamette and Affirmance at 21, Cascade Health Solutions v. PeaceHealth, 515 F.3d 883 (9th Cir. 2008) (Nos. 05-36153, 05-36202).

L'adozione di un test di prezzo incentrato sul rischio d'esclusione di un ipotetico concorrente altrettanto efficiente potrebbe apparire ancor più inappropriata ove si consideri che gli sconti leganti possono ostacolare lo stesso raggiungimento di adeguati livelli d'efficienza da parte dei rivali, impedendo a operatori potenzialmente altrettanto efficienti di realizzare economie di scala, di gamma o d'apprendimento[112], soprattutto quando i rivali non siano realisticamente in grado di raggiungere adeguati livelli d'efficienza in un orizzonte temporale relativamente limitato, dopo un periodo iniziale di vendite sottocosto[113].

Per molti versi, le obiezioni summenzionate colgono nel segno, ma non fugano i dubbi circa l'opportunità di rinunciare all'applicazione di un test di prezzo. Sebbene il rischio di falsi positivi sia più elevato nel caso dei prezzi predatori, uno standard di valutazione incentrato esclusivamente sulla portata della *foreclosure* e sull'accrescimento dei costi dei rivali rischia d'inibire l'utilizzo di un'efficace leva commerciale, che può beneficiare i consumatori e destabilizzare equilibri collusivi in mercati oligopolistici.

Inoltre, è perlomeno dubbio che l'intervento dell'antitrust sia giustificato dall'esigenza di proteggere concorrenti meno efficienti dalla pressione concorrenziale esercitata da un sistema di sconti leganti. Oltre a scoraggiare una politica commerciale che può rispondere a legittime esigenze commerciali[114], un divieto a compasso allargato inteso a proteggere operatori meno efficienti rischierebbe di produrre seri effetti collaterali, in termini di mantenimento di un livello dei prezzi artificiosamente elevato, perdite d'efficienza produttiva e riduzione degli incentivi delle imprese a investire in ricerca e sviluppo e migliorare le proprie *performance*[115].

Maggiori problemi solleva il fatto che gli sconti leganti possano escludere concorrenti potenzialmente in grado di raggiungere adeguati livelli d'efficienza. Ciò nondimeno, anche in tal caso, gli effetti collaterali che

---

[112] Cfr., *inter alia*, E. ELHAUGE, *Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, cit.; N. ECONOMIDES-I. LIANOS, *op. cit.*; H.E. FRECH III, *op. cit*.

[113] Anche parte della dottrina che si è mostrata contraria all'intervento antitrust in caso di *above-cost predation*, nel presupposto che «*pricing is unavoidable and the systematic effects of barring above-cost price cuts that exclude less efficient rivals would be harmful to consumers and efficiency*», ritiene che il medesimo approccio prudenziale non dovrebbe estendersi a «*exclusionary conditions that lack any redeeming justification and are thus eminently avoidable*»: cfr. E. ELHAUGE, *Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, cit.; ID., *Why Above-Cost Price Cuts to Drive Out Entrants Are Not Predatory - and the Implications for Defining Costs and Market Power*, cit.

[114] Cfr. T.A. LAMBERT, *Antitrust Analysis of Bundled Discounts*, in *eSapience Center for Competition Policy*, novembre 2006.

[115] Cfr., *inter alia*, J. VICKERS, *op. cit.* Sull'*above-cost predation*, v. *supra*, cap. I, § 8.

possono derivare dal divieto di forme di *above-cost pricing* suggeriscono di riporre lo strumentario dell'antitrust o, almeno, intervenire esclusivamente in circostanze del tutto eccezionali. Affievolire la concorrenza sui prezzi per prevenire l'esclusione di concorrenti potenzialmente in grado di raggiungere i medesimi livelli d'efficienza finirebbe per proteggere, al contempo, operatori inefficienti, scoraggiando iniziative concorrenziali e, per tale via, favorendo un artificioso incremento del livello dei prezzi, il mantenimento di equilibri collusivi e perdite in termini d'efficienza produttiva e dinamica[116]. Inoltre, di norma, l'esigenza di proteggere nuovi entranti e concorrenti minori è più intensa nei mercati recentemente liberalizzati, caratterizzati dalla presenza di infrastrutture di rete essenziali e da elevate economie di scala, ove la questione può essere affrontata e risolta più efficacemente mediante misure regolamentari *ad hoc*.

Il *foreclosure approach* implica la rinuncia a qualsiasi tentativo di sceverare le riduzioni di prezzo pro-concorrenziali da quelle indebitamente escludenti sulla base della possibilità di rispondere alla strategia dell'impresa dominante formulando un'offerta competitiva, a beneficio ultimo dei consumatori, nel presupposto che l'instaurazione di un legame tra diversi prodotti rappresenti, in linea di principio, una condizione aggiuntiva non necessaria, escludente e priva di virtù rendimenti[117]. In realtà, non vi sono chiari riscontri empirici a sostegno della tesi secondo cui, nella maggior parte dei casi, gli sconti leganti hanno effetti escludenti e pregiudicano gli interessi dei consumatori[118], né le prime analisi sperimentali confortano l'opinione di chi ritiene che, di norma, il potenziale anticompetitivo della pratica superi i possibili effetti benefici[119]. In assenza di sufficienti riscontri empirici, non si

---

[116] Cfr. Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, cit., 102; H.J. HOVENKAMP-E.N. HOVENKAMP, *Exclusionary Bundled Discounts and the Antitrust Modernization Commission*, cit.

[117] Cfr. E. ELHAUGE, *Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, cit.

[118] Cfr. D.S. EVANS-M. SALINGER, *Why Do Firms Bundle and Tie? Evidence from Competitive Markets and Implications for Tying Law*, cit.; per un'analisi empirica recente, cfr. Z. WANG, *Supermarket and Gasoline: An Empirical Study of Bundled Discount*, 2010, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=1628770.

[119] Cfr. T.J. MURIS-V.L. SMITH, *op. cit.*; A. CALISKAN-D. PORTER-S. RASSENTI-V.L. SMITH-B.J. WILSON, *Exclusionary Bundling and the Effects of a Competitive Fringe*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 2007, 109. Peraltro, l'interpretazione dei risultati delle analisi sperimentali non è priva di profili problematici: cfr. P. GREENLEE-D. REITMAN-D.S. SIBLEY, *Comment on Muris and Smith, "Antitrust and Bundled Discounts: An Experimental Analysis"*, in *Antitrust Law Journal*, 2011, 669; T.J. MURIS-V.L. SMITH-A. CALISKAN-B.H. KOBAYASHI, *Antitrust and Bundled Discounts: An Experimental Analysis – A Reply*, in *Antitrust Law Journal*, 2011, 683.

può escludere il rischio che uno standard di valutazione incentrato esclusivamente sul grado di preclusione e sull'innalzamento degli altrui costi si traduca in un elevato numero di falsi positivi, in un affievolimento della concorrenza sui prezzi e nella protezione di imprese inefficienti[120].

6. L'analisi diretta degli effetti della pratica sul benessere dei consumatori

Nella letteratura economica, in senso contrario all'adozione di un test di prezzo, è stato evidenziato, altresì, che gli effetti della pratica sul *consumer welfare* non sono necessariamente legati all'eventuale esclusione di rivali altrettanto efficienti. La concessione di uno sconto su un prodotto monopolizzato, subordinatamente all'acquisto di determinati quantitativi di un diverso bene o servizio a un prezzo leggermente superiore a quello di mercato, potrebbe determinare l'esclusione di concorrenti efficienti, ma essere profittevole per l'impresa dominante e vantaggiosa per i consumatori, traducendosi in un aumento del benessere della collettività e dei consumatori[121]. Per converso, ove la concessione dello sconto s'accompagni a un contemporaneo aumento dello *stand-alone price* del prodotto monopolizzato, che renda illusorio, in tutto o in parte, il beneficio riconosciuto ai clienti nel mercato dominato, i consumatori potrebbero essere danneggiati, indipendentemente dalla possibile esclusione di concorrenti altrettanto efficienti[122].

Su tali basi, è stato sostenuto che, se il fine della disciplina antimonopolistica è la promozione del benessere dei consumatori, il criterio

---

[120] Del resto, anche parte della dottrina che si oppone all'utilizzo di un test di prezzo riconosce che, ove gli acquirenti non assumano alcun vincolo giuridico d'approvvigionamento e il tasso di sconto sia trascurabile, non si può presumere che l'accesso al mercato sia effettivamente precluso, con la conseguenza che, per individuare le politiche di sconti di carattere anticompetitivo, occorrerebbe rafforzare il quadro probatorio con la dimostrazione di effetti escludenti attuali: cfr. E. ELHAUGE, *Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, cit. Sennonché, l'esistenza di effetti escludenti attuali, di per sé, non consente di trarre conclusioni univoche circa la portata anticoncorrenziale di una condotta unilaterale, posto che i medesimi risultati potrebbero conseguire alla maggior efficienza e competitività dell'impresa dominante.

[121] Cfr. P. GREENLEE-D. REITMAN-D.S. SIBLEY, *op. cit.*; B. NALEBUFF, *Exclusionary Bundling*, cit.; T.J. BRENNAN, *Competition as an Entry Barrier? Consumer and Total Welfare Benefits of Bundling*, AEI/Brookings, 2005. Per un'analisi sperimentale, cfr. T.J. MURIS-V.L. SMITH, *op. cit.*

[122] Cfr. P. GREENLEE-D. REITMAN-D.S. SIBLEY, *An Antitrust Analysis of Bundled Loyalty Discounts*, cit.; E. ELHAUGE, *Antitrust Analysis of GPO Exclusionary Agreements*, cit. Sul punto, v. *supra*, § 2.3.

cardine che dovrebbe guidare l'intervento antitrust non dovrebbe essere l'esclusione di rivali altrettanto efficienti, bensì un test incentrato sul bilanciamento degli effetti della pratica sul *consumer welfare*[123].

Come evidenziato *supra*, oltre a non risolvere il problema della distinzione delle condotte commerciali virtuose da quelle anticompetitive, l'*effects-balancing test* solleva problemi d'assoluto rilievo, che ne minano la praticabilità[124]. Economisti, giudici e autorità antitrust hanno una limitata capacità di misurare con precisione l'impatto netto di una pratica sul benessere dei consumatori o sull'efficienza economica complessiva[125]. Le difficoltà e le incertezze che sarebbero generate da un pieno bilanciamento di effetti di segno opposto potrebbero condurre a un eccessivo *focus* su un'analisi statica dell'impatto di breve periodo, con conseguente rischio di pregiudizio per i consumatori nel lungo termine, oltre a poter ridurre gli incentivi delle imprese egemoni ad attuare iniziative pro-competitive[126]. Né sarebbe ragionevole introdurre una sorta di sistema di micro-gestione del mercato, sottoponendo ogni decisione delle imprese in materia di prezzi a un complesso e difficilmente prevedibile bilanciamento *ex post* di effetti anticoncorrenziali e potenziali benefici[127].

Nella letteratura economica, è stato dimostrato che, in presenza di determinate condizioni, è possibile stimare l'impatto della pratica sul benessere dei consumatori senza applicare alcun test di prezzo, verificando se lo *stand-alone price* del prodotto monopolizzato sia più elevato di quello praticato dall'impresa dominante prima dell'avvio della politica di sconti[128], o più

---

[123] Cfr. S.C. SALOP, *Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit Sacrifice Standard*, cit.; P. GREENLEE-D. REITMAN-D.S. SIBLEY, *op. cit.*

[124] Cfr. Cap. I, § 4.2.

[125] Cfr. Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, cit., 36-38; v. anche G.J. WERDEN, *Identifying Exclusionary Conduct Under Section 2: The "No Economic Sense" Test*, in *Antitrust Law Journal*, 2006, 413; E. ELHAUGE, *Defining Better Monopolization Standards*, cit.; A.D. MELAMED, *Exclusive Dealing Agreements and Other Exclusionary Conduct – Are There Unifying Principles?*, cit.; M.S. POPOFSKY, *Defining Exclusionary Conduct: Section 2, the Rule of Reason, and the Unifying Principle Underlying Antitrust Rules*, cit.

[126] Cfr. Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, cit., 38.

[127] Cfr. O'DONOGHUE-A.J. PADILLA, *op. cit.*, 505.

[128] In particolare, ove il prezzo scontato del prodotto monopolizzato all'interno del *bundle* sia pari a quello (monopolistico) adottato in assenza del sistema di sconti, la pratica ridurrebbe il benessere della collettività e dei consumatori. Qualora lo *stand-alone price* sia pari al prezzo di monopolio adottato in assenza del sistema di sconti, la pratica determinerebbe un incremento del *total welfare*, senza pregiudicare il benessere dei consumatori. Infine, ove lo *stand-alone price* del prodotto monopolizzato ecceda il prezzo di monopolio adottato in assenza dello schema,

correttamente del *but-for price* che sarebbe stato offerto in assenza della pratica[129]. Tuttavia, il modello economico da cui trae origine tale test è basato su ipotesi restrittive, che ne limitano la portata applicativa. Inoltre, l'applicazione di un test incentrato sull'incremento dello *stand-alone price* potrebbe sollevare difficoltà applicative difficilmente sormontabili, perché postula una tutt'altro che agevole stima del prezzo ottimale che sarebbe adottato in assenza del sistema di sconti[130]. Le condizioni di costo e le

---

sarebbe possibile concludere che il sistema riduce il benessere dei consumatori, assumendo che l'impresa dominante massimizzi i profitti. Cfr. P. GREENLEE-D. REITMAN-D.S. SIBLEY, *op. cit.*

[129] Cfr. E. ELHAUGE, *Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, cit., per il quale il *but-for price* costituisce un parametro più appropriato, poiché i prezzi anteriori all'introduzione del sistema di sconti potrebbero essere più elevati di quelli che sarebbero stati offerti in assenza della pratica, in caso di riduzione del livello dei costi o erosione del potere di mercato dell'impresa dominante. Ove il prezzo *stand-alone* sia superiore a quello che sarebbe stato adottato in assenza della pratica, gli sconti leganti dovrebbero essere valutati alla stregua dei principî generali in tema di *tie-in*, che richiedono il coinvolgimento di due o più prodotti distinti, un elevato potere nel mercato del prodotto legante e l'interessamento di un volume d'affari sostanziale in quello del bene o servizio legato. Cfr. anche N. ECONOMIDES, *Loyalty/requirement rebates and the Antitrust Modernization Commission: What is the appropriate liability standard?*, cit., che propone d'integrare i test di prezzo con la previsione di un'ulteriore ipotesi d'illiceità, che si verificherebbe quando il prezzo dei prodotti interessati al di fuori del sistema di sconti è superiore a quello che sarebbe stato offerto in assenza della pratica. In senso critico, cfr. T.A. LAMBERT, *Appropriate Liability Rules for Tying and Bundled Discounting*, cit., ad avviso del quale l'aumento dello *stand-alone price* non esclude un beneficio per i consumatori, ove il prezzo scontato del pacchetto sia comunque inferiore alla somma dei prezzi dei singoli prodotti, ad esempio per effetto di economie di gamma.

[130] A tal fine, è stato proposto di far riferimento a: (i) documenti interni; (ii) analisi statistiche ed economiche; e (iii) presunzioni relative di aumento del prezzo *stand-alone*, fondate sull'incremento dello stesso rispetto al prezzo anteriore all'introduzione del sistema di sconti, o semplicemente sull'esistenza di un significativo potere di mercato dell'impresa agente, unitamente all'assenza di giustificazioni oggettive (cfr. E. ELHAUGE, *Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, cit.). Sennonché, i documenti interni possono essere agevolmente celati o manipolati, mentre i dati relativi al livello dei prezzi anteriori all'introduzione del sistema di sconti potrebbero non essere sufficientemente attendibili. In presenza di cambiamenti nelle condizioni della domanda, nella struttura dei costi o nelle caratteristiche dei prodotti, sarebbe necessario procedere a complesse stime econonometriche per tener conto dell'incidenza di tali variabili (cfr. B.H. KOBAYASHI, *Does Economics Provide a Reliable Guide to Regulating Commodity Bundling by Firms? A Survey of the Economic Literature*, cit.; T.J. MURIS-V.L. SMITH-A. CALISKAN-B.H. KOBAYASHI, *op. cit.*). Elhauge propone un'analisi articolata in due stadi (prima e dopo l'introduzione del sistema di sconti), ma i continui aggiustamenti delle politiche di prezzo, i fenomeni inflattivi, l'innovazione di prodotto, i cambiamenti nelle condizioni di costo e le dinamiche competitive renderebbero estremamente difficile stimare i termini di paragone (cfr. D.A. CRANE-J. WRIGHT, *Can Bundled Discounting Increase Consumer Prices Without Excluding Rivals?*, cit.). Infine, l'accoglimento di una presunzione relativa fondata sulla mera esistenza di un significativo potere di mercato e sull'assenza di una giustificativa oggettiva, nel presupposto che l'impresa dominante sarebbe

dinamiche competitive possono variare significativamente da un anno all'altro e i prezzi tendono costantemente ad aumentare per effetto dell'inflazione. Isolare l'effetto di tali variabili potrebbe essere estremamente complesso.

Per altro verso, l'effettiva rilevanza pratica di siffatta linea d'intervento è stata revocata in dubbio, partendo dalla costatazione che, nei casi antitrust effettivamente analizzati, l'introduzione di pratiche leganti non si accompagnava, di norma, a un incremento del prezzo *stand-alone* del prodotto monopolizzato, bensì a una sua riduzione[131].

In ogni caso, nelle ipotesi divisate dai fautori del test incentrato sull'incremento del prezzo *stand-alone*, l'intervento antitrust si muoverebbe lungo direttrici diverse dal contenimento del potenziale escludente di una pratica legante. Il *focus* di tale test non è l'esclusione dei rivali, bensì lo sfruttamento del potere di mercato dell'impresa dominante. Il test riflette una visione di breve periodo dell'incidenza della pratica sugli interessi dei consumatori, che trascura le possibili conseguenze negative derivanti, in chiave dinamica, dalla compromissione dell'assetto concorrenziale del mercato. Anche qualora, nel breve termine, l'introduzione del sistema determini una riduzione del livello dei prezzi a beneficio dei consumatori, la creazione di ostacoli all'accesso o all'espansione di rivali altrettanto efficienti potrebbe incidere negativamente sul *consumer welfare* nel lungo termine, in virtù dell'affievolimento della pressione concorrenziale sull'impresa dominante[132]. Pertanto, l'applicazione di un test incentrato sull'incremento dello *stand-alone price* – ove possibile – non escluderebbe comunque la necessità d'analizzare gli eventuali effetti escludenti della pratica, sulla base di uno standard di valutazione adeguatamente strutturato[133].

---

indotta a fissare un prezzo superiore al *but-for price* per massimizzare i profitti, imporrebbe agli operatori interessati l'onere di giustificare qualsiasi cambiamento dei prezzi sulla base dell'andamento dei costi e delle dinamiche competitive, laddove una variazione dello *stand-alone price* potrebbe riflettere semplicemente una diversa valutazione dell'impresa dominante circa il livello dei prezzi che consente di massimizzare i profitti: cfr. Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, cit., 98.

[131] Cfr. H. HOVENKAMP, *Antitrust and the Costs of Movement*, cit.; cfr. anche D.A. CRANE-J. WRIGHT, *Can Bundled Discounting Increase Consumer Prices Without Excluding Rivals?*, cit.

[132] Cfr., *inter alia*, B. NALEBUFF, *Exclusionary Bundling*, cit.

[133] Infatti, proprio in considerazione dei possibili effetti anticompetitivi derivanti dalla compromissione dell'assetto concorrenziale del mercato, E. ELHAUGE, *Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, cit., ha proposto un test bipartito, che consentirebbe d'intervenire sia in caso di aumento dello *stand-alone price* (*non-foreclosure effects*), sia in ipotesi di preclusione dell'accesso a una significativa porzione del mercato (*foreclosure effects*). In senso analogo, cfr. G.K. LEONARD, *The Competitive Effects of Bundled Discounts*, in L. WU (a cura di), *Economics of Antitrust: Complex Issues in a Dynamic Economy*, National Economic Research Associates, Inc., White Plains, 2007, 3. Il fatto che il

Nei casi in cui sia possibile superare le difficoltà connesse alla sua concreta applicazione, il test incentrato sull'incremento del prezzo *stand-alone* potrebbe fungere da strumento analitico per il controllo di forme di sfruttamento del potere di mercato. Negli Stati Uniti, peraltro, oltre a mancare una previsione normativa che sancisca il divieto di pratiche di sfruttamento del potere di mercato, la Corte Suprema ha riconosciuto e difeso, in *Trinko*, il valore sociale del profitto monopolistico, quale fattore che incentiva le imprese a investire e innovare per migliorare le proprie *performance*. Se parte della dottrina nordamericana ritiene che, a tenore della giurisprudenza della Corte Suprema in tema di *tie-in*, lo sfruttamento del potere di mercato delle imprese dominanti mediante pratiche leganti possa comunque costituire un illecito sanzionabile ai sensi della disciplina antimonopolistica[134], altri sostengono che, in realtà, siffatta linea d'intervento non troverebbe fondamento nel formante giurisprudenziale, né sarebbe giustificata, tenuto conto dei possibili effetti benefici di condotte volte essenzialmente ad attuare forme di discriminazione di prezzo[135].

Nel diritto antitrust europeo e in quello nazionale, l'intervento diretto nei confronti delle pratiche di sfruttamento del potere di mercato trova fondamento, rispettivamente, nell'art. 102, lett. *a)*, TFUE, e nell'art. 3, lett. *a)*, della l. 287/90. Per invocare tali norme, peraltro, non sarebbe sufficiente provare che la rimodulazione del livello dei prezzi dei prodotti interessati consenta, in certa misura, di accrescere i profitti ed estrarre maggiori porzioni del *surplus* dei consumatori, bensì occorrerebbe dimostrare il carattere eccessivo e iniquo delle condizioni commerciali offerte dall'impresa

---

prezzo *stand-alone* sia più alto di quello che sarebbe stato offerto in assenza della pratica legante potrebbe comunque costituire un utile elemento d'indagine nel quadro dell'analisi dell'impatto concorrenziale di una condotta escludente e degli eventuali guadagni d'efficienza, poiché costituisce indice di probabili effetti negativi sul benessere dei consumatori.

[134] Cfr. E. ELHAUGE, *Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, cit., per il quale sia i *non-foreclosure effects*, sia i *foreclosure effects* meriterebbero l'intervento dell'antitrust per il loro impatto negativo sugli interessi dei consumatori.

[135] Cfr. T.A. LAMBERT, *Appropriate Liability Rules for Tying and Bundled Discounting*, cit.; S. SEMERARO, *op. cit.* In senso contrario all'intervento antitrust nei confronti di pratiche unilaterali di sfruttamento del potere di mercato, sull'assunto che la prospettiva d'incamerare elevati profitti rappresenti «*a critically important incentive for welfare-enhancing investment and innovation*», cfr. anche D.W. CARLTON-K. HEYER, *Extraction vs. Extension: The Basis for Formulating Antitrust Policy Towards Single-Firm Conduct*, in *Competition Policy International*, 2008, 285; D.W. CARLTON-K. HEYER, *Appropriate Antitrust Policy Towards Single-Firm Conduct: Extraction vs. Extension*, in *Antitrust*, 2008, 50.

dominante[136], avventurandosi lungo sentieri argomentativi tutt'altro che agevoli e ancora inesplorati.

7. I test di prezzo emersi nella prassi e nella letteratura antitrust

Alla luce dell'analisi che precede, l'assimilazione degli sconti leganti ad altre pratiche verticali idonee a precludere l'accesso al mercato e accrescere i costi dei rivali, quali gli accordi d'acquisto esclusivo e il *tie-in*, rischia di prevenire l'uso di un'efficace leva commerciale da parte delle imprese dominanti, anche qualora i rivali possano rispondere alla politica commerciale contestata formulando un'offerta competitiva, a beneficio ultimo dei consumatori. L'analisi diretta dell'impatto della pratica sul benessere dei consumatori, oltre a sollevare notevoli difficoltà applicative, non consente, di per sé, di sceverare le condotte unilaterali indebitamente escludenti da quelle pro-competitive. La verifica della possibilità di rispondere alla politica di sconti dell'impresa dominante, mediante l'applicazione di un test di prezzo adeguatamente strutturato, costituisce lo strumento più affidabile per distinguere le condotte indebitamente escludenti dalle iniziative commerciali aggressive, ma sostanzialmente pro-competitive.

Sennonché, definire un test di prezzo accurato e amministrabile è compito tutt'altro che agevole. I dati e le informazioni richieste per applicare un appropriato test di prezzo potrebbero non essere agevolmente disponibili e, in ogni caso, le analisi basate sulla comparazione tra prezzi e costi incrementali sono caratterizzate da un elevato grado di tecnicismo, complessità e incertezza, oltre che da un significativo margine d'opinabilità. Pertanto, si pone un inevitabile *trade-off* fra accuratezza e amministrabilità dei diversi test di prezzo astrattamente applicabili.

La questione fondamentale è se le autorità antitrust e i giudici debbano applicare i principî generali in tema di prezzi predatori, assumendo come riferimento il *bundle* nel suo complesso, oppure debbano adoperare un test più sofisticato, inteso ad accertare se, sebbene il livello dei prezzi scontati sia superiore a quello dei costi aggregati, la struttura del sistema di sconti sia idonea a precludere l'accesso o l'espansione dei concorrenti. Nel secondo caso, si pone l'ulteriore problema dell'esatta definizione del test di prezzo da utilizzare. Le principali posizioni emerse nella prassi e nella letteratura antitrust sono discusse nei paragrafi seguenti.

[136] Cfr., in particolare, Corte Giust. 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands/Commissione*, cit., §§ 250-252; 13 novembre 1975, causa 26/75, *General Motors/Commissione*, cit., § 12.

7.1. L'applicazione dei principî generali in tema di prezzi predatori

Parte della dottrina ha sostenuto che gli sconti leganti non dovrebbero incorrere nella scure dell'antitrust ove il prezzo complessivo dei prodotti inclusi nel *bundle* ecceda un'appropriata misura dei loro costi aggregati. I sostenitori di tale orientamento riconoscono che prezzi scontati superiori al livello dei costi possono avere effetti anticompetitivi, ma in un'ottica di teoria delle decisioni ritengono che, ciò nonostante, il test di predatorietà sia preferibile, in quanto, oltre a essere relativamente amministrabile, garantirebbe un maggior livello di certezza del diritto per le imprese e consentirebbe di minimizzare il rischio di disincentivare comportamenti pro-competitivi[137].

Il ricorso ai principî generali in tema di *predatory pricing* si fonda su due premesse fondamentali: (i) nella normalità dei casi, l'offerta di sconti non predatori si risolve in un beneficio per i consumatori; e (ii) non vi è alcuno standard alternativo che consenta alle corti e alle autorità antitrust di condannare le politiche di sconti leganti indebitamente escludenti, senza dar origine a un elevato rischio di scoraggiare legittime forme di concorrenza sui prezzi.

Entrambe tali premesse sono discutibili. Le politiche di sconti leganti attuate da un'impresa dominante possono costituire un'efficace pratica escludente e, anche nel breve termine, non beneficiano necessariamente i consumatori, giacché la riduzione dei prezzi può essere meramente fittizia. È pur vero che, in alcune ipotesi, un test di prezzo più sofisticato, incentrato sulla verifica della possibilità di replicare all'offerta dell'impresa dominante, potrebbe prevenire l'utilizzo di politiche di sconti atte a promuovere, quantomeno nel breve termine, gli interessi dei consumatori, posto che l'esclusione di rivali altrettanto efficienti non implica necessariamente una riduzione del *consumer welfare*[138]. Tuttavia, il rischio di condannare politiche di prezzi idonee ad accrescere il benessere dei consumatori potrebbe essere significativamente limitato mediante un'attenta analisi dell'impatto concorrenziale della pratica e degli eventuali guadagni d'efficienza.

---

[137] Cfr. T.J. MURIS-V.L. SMITH, *op. cit.*, secondo cui «*anticompetitive harm from bundled discounts remain unproven, and any benefits resulting from antitrust liability for above-cost, bundled discounts will not outweigh the costs resulting from the deterrence of procompetitive behavior*»; cfr. anche T.J. MURIS, *Antitrust Law & Economics: Exclusionary Behavior, Bundled Discounts and Refusals to Deal* (Nov. 29, 2006) (hearing submission), disponibile sul sito Internet http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Muris_Slides.pdf; B.H. KOBAYASHI, *Two Tales of Bundling: Implications for the Application of Antitrust Law to Bundled*, in R. HAHN (a cura di), *Antitrust Policy and Vertical Restraints*, AEI-Brookings, Washington, DC, 2006, 10.

[138] Cfr. T.J. MURIS-V.L. SMITH, *op. cit.*; v. anche *supra*, § 2.3.

Gli sconti leganti possono escludere concorrenti altrettanto o più efficienti sul piano produttivo o limitare i loro incentivi a competere, a detrimento degli interessi dei consumatori, indipendentemente dalla natura predatoria del prezzo finale[139]. L'applicazione di un semplice test di predatorietà equivarrebbe sostanzialmente a riconoscere la liceità *per se* del *bundling* in quanto tale[140]. Il significativo rischio di falsi negativi insito nell'adozione di un test di predatorietà induce a ricercare uno standard di valutazione più accurato[141]. Quand'anche non fosse possibile delineare uno standard sufficientemente accurato e amministrabile, non vi sarebbero sufficienti riscontri empirici, o basi teoriche, per concludere che l'applicazione di un test di predatorietà sia senz'altro preferibile a un approccio incentrato esclusivamente sulla portata della preclusione e sul rischio d'innalzamento dei costi dei concorrenti[142].

A tenore di un orientamento più moderato, condiviso da parte della dottrina, dal DOJ e dalla Commissione, l'applicazione di un test di predatorietà sarebbe appropriata esclusivamente qualora i rivali siano in grado – da soli o congiuntamente – d'offrire un pacchetto di prodotti paragonabile a quello dell'impresa dominante[143]. Anche in tali ipotesi, peraltro, l'applicazione dei

---

[139] Sul punto, v. *supra*, § 2.1.

[140] Cfr. J.M. JACOBSON, *Exploring the Antitrust Modernization's Proposed Test for Bundled Pricing*, in *Antitrust*, 2007, 23; N. ECONOMIDES, *Loyalty/requirement rebates and the Antitrust Modernization Commission: What is the appropriate liability standard?*, cit.

[141] Cfr. T.A. LAMBERT, *Evaluating bundled discounts*, cit.

[142] Cfr. Brief for the United States as Amicus Curiae, 3M Co. v. LePage's Inc., No. 02-1865, 10-11 (May 2004), secondo cui «[r]*elative to the practice of predatory pricing ... there is less knowledge on which to assess whether, or to what extent, the legal approach to a monopolist's allegedly exclusionary bundled discounts should be driven by a strong concern for false positives and a low risk of false negatives*». Negli Stati Uniti, in alcuni settori, sono stati riscontrati problemi concorrenziali sollevati dall'utilizzo di sistemi di sconti leganti, che sembrano aver ostacolato l'accesso al mercato da parte di produttori dotati di una gamma meno estesa (cfr., con riferimento al settore farmaceutico, D.L. MOSS, *Healthcare Intermediaries: Competition and Healthcare Policy at Loggerheads?*, American Antitrust Institute Working Paper, 2012, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=2137227; K.W. CAVES-H.J. SINGER, *Bundling in the Pharmaceutical Industry: A Case Study of Pediatric Vaccines*, 2011, disponibile sul sito Internet http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1908306; S.H. MANNING-J. BOWATER, *The Effects of Bundled Discounts on Entry in the Market for Pediatric Vaccines*, 2012, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=1978879; in relazione al settore dei prodotti per l'agricoltura, cfr. E. DUPRAZ, *Monsanto and the Per Se Illegal Rule for Bundled Discounts*, 2012, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=2032615 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2032615).

[143] Cfr. Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, cit., 99; *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 60; P.E. AREEDA-H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, Aspen

principî generali in tema di prezzi predatori potrebbe rivelarsi inadeguata. In primo luogo, un sistema di sconti leganti non predatori potrebbe escludere concorrenti altrettanto o più efficienti o limitare i loro incentivi a competere: ove l'impresa dominante detenga un rilevante potere di mercato su una significativa porzione del fabbisogno dei clienti per uno o più prodotti, i rivali potrebbero non esser in grado di formulare un'offerta competitiva o, comunque, potrebbero ritenere più profittevole rinunciare a competere per le unità contendibili della domanda al di sotto degli obiettivi d'acquisto, vendendo esclusivamente le unità al di sopra delle soglie a un prezzo più elevato[144]. In secondo luogo, nel caso degli sconti leganti incrementali, il fatto che il prezzo scontato sia inferiore al livello dei costi non implica necessariamente che concorrenti altrettanto efficienti non siano in grado di competere, posto che l'onere corrispondente al beneficio finanziario concesso dall'impresa dominante potrebbe essere distribuito sulle ulteriori unità contendibili del fabbisogno del cliente al di sotto delle soglie[145].

7.2. Il discount allocation test *di matrice nordamericana*

Negli ultimi anni, tanto nella prassi antitrust quanto nella letteratura statunitense[146], s'è diffuso un crescente consenso sull'utilizzo di un test di prezzo più sofisticato, che mira ad accertare se la pratica è capace d'escludere un ipotetico concorrente altrettanto efficiente, mediante il raffronto fra il prezzo incrementale del prodotto esposto all'altrui concorrenza e un'appropriata misura dei costi. Il prezzo incrementale del bene o servizio esposto all'altrui pressione concorrenziale sarebbe calcolato allocando sullo stesso l'intero sconto concesso dell'impresa dominante.

Il test basato sull'allocazione degli sconti consente di moderare gli eccessi degli orientamenti che propendono, da un lato, per l'applicazione dei

---

Law & Business, New York, Supp. 2007, ¶ 749b2, 245-246, 258-259. *Contra*, v. E. ELHAUGE, *Antitrust Analysis of GPO Exclusionary Agreements*, cit., nel presupposto che, in presenza di più imprese in grado d'offrire un insieme di prodotti a prezzi scontati, l'effetto cumulativo di blocco dell'accesso al mercato da parte di altri operatori sarebbe ancor più significativo. Tuttavia, in assenza di fattori che precludano l'espansione della gamma da parte dei concorrenti, la protezione delle imprese mono-prodotto finirebbe per difendere e consolidare assetti produttivi inefficienti.

[144] Cfr. *supra*, § 2.1.

[145] Cfr. *supra*, § 2.1.2.

[146] Cfr., in particolare, *Cascade Health Solutions v. PeaceHealth*, 515 F.3d 883 (9th Cir. 2008); Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, cit.; Antitrust Modernization Commission, *Report and Recommentations*, cit.; P.E. AREEDA-H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, Supp. 2007, cit.

principî generali in tema di prezzi predatori e, dall'altro, per una valutazione incentrata sulla portata della preclusione, ma appare eccessivamente semplicistico e rischia di condurre a un elevato numero di falsi positivi e negativi. Il *discount allocation test* si attaglia al caso paradigmatico, ma relativamente inusuale, dell'estensione del potere monopolistico da un mercato monopolizzato a un altro competitivo, ma la sua applicazione diviene notevolmente più complessa e problematica ove l'impresa interessata detenga una posizione dominante, ma non monopolistica, in uno dei mercati o in entrambi. Qualora l'impresa agente detenga una posizione dominante, ma non monopolistica, nel mercato del primo prodotto, un rivale attivo in entrambi gli ambiti merceologici potrebbe essere in grado di distribuire il relativo onere finanziario non soltanto sulle vendite del prodotto concorrenziale, ma anche su quelle (contendibili) del bene o servizio dominato. In casi del genere, l'imputazione dell'intero sconto al secondo prodotto darebbe luogo a un'*over-allocation*, che indurrebbe a sovrastimare il potenziale escludente nella pratica.

Per converso, ove la domanda dei clienti per il secondo prodotto sia parzialmente monopolizzata dall'impresa dominante, lo sconto complessivo non dovrebbe essere allocato sull'intero fabbisogno dei clienti per il bene o servizio concorrenziale, bensì sulla sola porzione contendibile del fabbisogno degli acquirenti. Allocando lo sconto sull'intera domanda per il prodotto concorrenziale, si rischia di sottostimare il potenziale escludente della pratica[147].

Inoltre, anche qualora il prezzo incrementale dei prodotti esposti all'altrui pressione concorrenziale non sia inferiore al livello dei costi, la pratica può essere utilizzata come leva strategica per ridurre gli incentivi dei concorrenti a competere per le unità del fabbisogno dei clienti al di sotto delle soglie fissate dall'impresa dominante[148]. Il test proposto dall'AMC e dal DOJ non consente d'individuare le ipotesi in cui un sistema di sconti leganti induca i concorrenti a vendere esclusivamente le unità al di sopra della soglia a un prezzo più elevato, invece di tentare di compensare i clienti per la perdita degli sconti concessi dall'impresa dominante.

---

[147] Cfr. G. FAELLA, *Foreclosure, Predation and Competition on the Merits: An Analysis of Bundled Discounts*, 2008, disponibile sul sito Internet http://papers.ssrn.com/abstract=1324607. Nello stesso senso, cfr. N. ECONOMIDES, *Loyalty/requirement rebates and the Antitrust Modernization Commission: What is the appropriate liability standard?*, cit.; ID., *Tying, Bundling and Loyalty/Requirement Rebates*, cit. La questione dell'allocazione del beneficio finanziario complessivo sui diversi prodotti diviene ancor più complessa e articolata ove il sistema di sconti leganti includa un'ampia gamma di beni o servizi rientranti in mercati diversi, nei quali l'impresa dominante è esposta, in certa misura, alla pressione concorrenziale esercitata da altri operatori. Sul punto, v. *infra*, § 8.1.

[148] Sul punto, v. *supra*, § 2.1.

In ogni caso, in presenza di sistemi di sconti leganti basati su obiettivi personalizzati e riguardanti prodotti non venduti in proporzioni fisse, il *discount allocation test* potrebbe fornire importanti elementi di valutazione, ma appare rivestire limitata utilità quale *safe harbor* per le imprese. Posto che il potenziale escludente della pratica dipende, *inter alia*, dai quantitativi del prodotto monopolizzato e di quello concorrenziale acquistati dai diversi clienti[149], l'analisi della possibilità di formulare offerte competitive dovrebbe essere svolta con riferimento a ciascun singolo acquirente[150].

7.3. Il test delineato dagli Orientamenti

Il test delineato dagli Orientamenti della Commissione, incentrato sulla stima del prezzo incrementale di ciascun prodotto incluso nel *bundle*, ove applicato senza correttivi anche ai sistemi di sconti che aggregano gli acquisti effettuati in un determinato arco temporale, potrebbe dar origine ai medesimi inconvenienti applicativi evidenziati *supra* con riferimento al *discount allocation test* di matrice nordamericana. Peraltro, in confronto al test statunitense, lo standard proposto dalla Commissione dà luogo a maggiori rischi di sovrastimare il potenziale escludente nella pratica, sotto due profili: (i) lo sconto complessivo è allocato su ciascun singolo prodotto incluso nel

---

[149] Come evidenziato *supra*, il potenziale escludente di un sistema di sconti leganti aumenta al crescere del fabbisogno dei clienti per il prodotto monopolizzato e al diminuire della domanda degli stessi per il bene o servizio concorrenziale: v. § 2.1.3.

[150] A titolo esemplificativo, s'ipotizzi che un'impresa dominante detenga una posizione di monopolio nel mercato del prodotto A, ma fronteggi la concorrenza di un altro operatore nel mercato del prodotto B. Il CM dei due prodotti è costante e pari a 8 per ciascuno di essi. Il prodotto A è venduto al prezzo di 15, mentre il prezzo del prodotto B è pari a 10. L'impresa dominante introduce un sistema di sconti leganti in forza del quale, in caso d'acquisto della totalità del fabbisogno per i due prodotti, il cliente può beneficiare di una riduzione del prezzo pari al 10%. Il fabbisogno del cliente X ammonta a 10 unità per ciascun prodotto, mentre il cliente Y ha un fabbisogno di 10 unità per il prodotto A e 20 unità per il prodotto B. In caso di mancato raggiungimento delle soglie fissate dall'impresa egemone, il cliente X perderebbe uno sconto complessivo pari a 25 (15 per il prodotto A, 10 per il prodotto B), mentre il cliente Y perderebbe uno sconto complessivo pari a 35 (15 per il prodotto A, 20 per il prodotto B). Onde compensare il cliente X per la perdita dello sconto concesso dall'impresa dominante, il concorrente dovrebbe offrire, per le 10 unità del prodotto B, un prezzo unitario non superiore a 7,5, che non consentirebbe di coprire i costi. Viceversa, per compensare il cliente Y per la perdita dello sconto concesso dall'impresa dominante, il concorrente dovrebbe offrire, per le 20 unità del prodotto B, un prezzo unitario non superiore a 8,25, che consentirebbe di coprire i costi e incamerare un limitato margine di profitto. Sebbene lo sconto complessivo perso dal cliente Y sia superiore, il maggior fabbisogno di tale acquirente per il prodotto concorrenziale consente al rivale di distribuire l'onere finanziario su un fatturato complessivo più elevato, in modo da formulare un'offerta competitiva senza subire perdite.

pacchetto, invece che sui soli beni o servizi concorrenziali; e (ii) il test divisato negli Orientamenti non contempla la possibilità di un'allocazione congiunta su due o più prodotti, ove più d'uno sia esposto alla concorrenza di altri operatori. Ove l'incentivo sia calcolato sul prezzo di diversi beni o servizi e il tasso di sconto non sia marginale, l'allocazione dell'intero beneficio riconosciuto dall'impresa dominante su ciascun singolo prodotto incluso nel *bundle* può condurre alla stima di prezzi incrementali particolarmente bassi.

8. La definizione di un appropriato test di prezzo

L'analisi che precede dimostra come i test di prezzo emersi nella letteratura e nella prassi antitrust non conducano a risultati pienamente soddisfacenti. L'utilizzo del test di predatorietà è appropriato quando la concorrenza *bundle-to-bundle* è possibile, come riconosciuto dalle autorità antitrust su entrambi i versanti dell'Oceano[151], ma negli altri casi potrebbe indurre a sottostimare il reale potenziale anticompetitivo della pratica, in quanto resterebbero immuni gli sconti leganti che, pur non avendo carattere predatorio, siano atti a escludere concorrenti altrettanto o più efficienti nella produzione dei singoli beni o servizi. Un test di prezzo più sofisticato, che miri a verificare se la pratica sia atta a escludere un ipotetico concorrente altrettanto efficiente attraverso il confronto fra i prezzi incrementali dei prodotti esposti all'altrui concorrenza e un'adeguata misura dei costi, sarebbe preferibile al test di predatorietà, ma il *discount allocation test* invalso negli Stati Uniti e i criteri di valutazione delineati dagli Orientamenti della Commissione sembrano eccessivamente semplicistici e potrebbero non attagliarsi alla maggior parte dei casi reali. La questione è se sia possibile definire un test di prezzo più attendibile e accurato, ma sufficientemente amministrabile dalle corti e dalle autorità antitrust.

In linea di principio, per accertare se la pratica sia idonea a escludere o limitare la capacità competitiva di un ipotetico concorrente altrettanto efficiente sul piano produttivo, le corti e le autorità antitrust dovrebbero stimare se il prezzo incrementale dei prodotti esposti all'altrui pressione concorrenziale, o della porzione contendibile della domanda per tali prodotti, è inferiore a un'appropriata misura dei costi. Tuttavia, siffatta analisi solleva delicate questioni interpretative e può rivelarsi estremamente complessa. I paragrafi che seguono analizzano l'allocazione degli sconti ai diversi prodotti inclusi nel

[151] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 61; Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, cit., 101; in dottrina, cfr. H. HOVENKAMP-E. HOVENKAMP, *Complex Bundled Discounts and Antitrust Policy*, cit.; G. FAELLA, *Foreclosure, Predation and Competition on the Merits: An Analysis of Bundled Discounts*, cit.

bundle, l'individuazione di un'appropriata misura dei costi, la questione della protezione dei concorrenti non (ancora) altrettanto efficienti e il ruolo di un test di prezzo nell'analisi degli sconti leganti.

8.1. L'allocazione degli sconti e la stima del prezzo incrementale

L'allocazione del beneficio concesso dall'impresa egemone sui diversi prodotti costituisce la questione più problematica nell'applicazione di un adeguato test di prezzo alle politiche di sconti leganti. Il caso paradigmatico dell'estensione della posizione d'egemonia da un mercato monopolizzato a un altro (quasi) perfettamente concorrenziale non solleva particolari difficoltà: in tal caso, in linea col *discount allocation test* di matrice nordamericana, l'intero ammontare degli sconti concessi dall'impresa egemone può semplicemente essere allocato sul prodotto esposto all'altrui concorrenza, onde accertare se il prezzo incrementale di quest'ultimo sia inferiore a un'appropriata misura dei costi[152]. La questione è più complessa e articolata ove il sistema di sconti leganti includa due o più prodotti concorrenziali, o la domanda per uno o più beni o servizi non sia interamente contendibile. Tali ipotesi sono analizzate nei paragrafi che seguono.

8.1.1. L'allocazione degli sconti in presenza di due o più prodotti concorrenziali

Nei casi in cui il sistema di sconti leganti includa due o più prodotti esposti, in certa misura, alla pressione concorrenziale esercitata da altri operatori, non vi sono criteri univoci per allocare lo sconto complessivo sui diversi prodotti. Mentre il DOJ ha ritenuto che il beneficio finanziario concesso dall'impresa egemone dovesse esser allocato su tutti i prodotti concorrenziali considerati congiuntamente[153], gli Orientamenti propongono un test basato sulla stima del prezzo incrementale di ciascun singolo prodotto incluso nel *bundle*[154]. L'allocazione degli sconti su tutti i prodotti esposti all'altrui concorrenza potrebbe penalizzare le imprese mono-prodotto e, per tale via, scoraggiare l'ingresso di nuovi operatori, costretti a entrare contemporaneamente in due o

---

[152] In tal senso, in dottrina, cfr., *inter alia*, H. HOVENKAMP, *Discounts and Exclusion*, cit.

[153] Cfr. Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, cit., 101, nota 104.

[154] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 60; v. anche *DG Competition discussion paper*, cit., § 190. In dottrina, sulla stessa linea, cfr. D.A. CRANE, *Multiproduct Discounting: a Myth of Nonprice Predation*, cit.

più mercati[155]. D'altro canto, un test simile a quello proposto dagli Orientamenti della Commissione garantirebbe la protezione delle imprese mono-prodotto, ma rischierebbe di condurre al divieto della maggior parte delle politiche di sconti leganti, allorché le stesse includano più di due prodotti e il tasso di sconto non sia trascurabile in relazione ai margini incamerati sulle vendite dei diversi beni o servizi.

L'allocazione dell'intero beneficio su ciascun prodotto comporterebbe una sopravvalutazione del potenziale escludente della pratica ove le imprese mono-prodotto possano reagire alla pratica legante ampliando la propria gamma. Nelle altre ipotesi, la situazione è più complessa. Le imprese rivali potrebbero offrire un pacchetto alternativo unitamente ad altri operatori attivi in mercati diversi, se i costi transattivi connessi all'attuazione di siffatta strategia commerciale non sono eccessivi[156]. Inoltre, la pressione concorrenziale esercitata dal sistema di sconti leganti potrebbe indurre le imprese attive nei diversi mercati interessati a ridurre i propri prezzi in maniera indipendente, consentendo ai clienti di creare autonomamente un *bundle* alternativo a condizioni commerciali competitive[157].

---

[155] Il *bundling* può essere utilizzato strategicamente per scoraggiare l'ingresso di altri operatori in un dato mercato, rendendo non profittevole operare nello stesso senza entrare, al contempo, in un altro: cfr., *inter alia*, B. NALEBUFF, *Bundling as an Entry Barrier*, cit.; D. RUBINFELD, *op. cit.*; A.S. EDLIN-D.L. RUBINFELD, *Exclusion or Efficient Pricing: The "Big Deal" Bundling of Academic Journals*, in *Antitrust Law Journal*, 2004, 119. Quando l'ingresso in ciascuno dei due mercati è rischioso, la probabilità di avere successo su entrambi i fronti è minore di quella di riuscire a entrare in un unico mercato: cfr. J.P. CHOI-C. STEFANIDIS, *Tying, Investment, and the Dynamic Leverage Theory*, in *RAND Journal of Economics*, 2001, 52.

[156] La stipula di accordi per includere prodotti di diversi fornitori in un unico *bundle* è piuttosto comune nella prassi commerciale: cfr. H. HOVENKAMP, *Discounts and Exclusion*, cit. Sul punto, cfr. anche T.A. LAMBERT, *Evaluating bundled discounts*, cit.; H. HOVENKAMP-E. HOVENKAMP, *Complex Bundled Discounts and Antitrust Policy*, cit.

[157] Un'impresa mono-prodotto ha interesse a ridurre i suoi prezzi se l'aumento dei profitti conseguente alle vendite aggiuntive ai clienti che acquistano anche l'altro prodotto incluso nel sistema di sconti compensa la riduzione delle entrate derivante dal minor prezzo praticato agli acquirenti non interessati all'acquisto del *bundle*. È più probabile che gli sconti leganti conducano a una riduzione dei prezzi praticati dalle imprese mono-prodotto quando la totalità o la maggior parte dei clienti acquistano anche gli altri beni o servizi inclusi nel sistema di incentivi, o i fornitori sono in grado di discriminare, praticando un prezzo inferiore agli acquirenti interessati al *bundle*. Tuttavia, un'impresa che produce un singolo bene o servizio potrebbe decidere di non ridurre i suoi prezzi se non si attende che gli altri operatori mono-prodotto abbassino in misura adeguata i loro. Un sistema di sconti leganti crea una situazione d'interdipendenza tra i prezzi di prodotti commercializzati da imprese indipendenti, posto che la riduzione del prezzo di un bene o servizio ha un effetto positivo sulle vendite degli altri. Se le imprese mono-prodotto rivali non sono in grado di coordinarsi, internalizzando siffatta esternalità positiva, ciascuna di esse potrebbe non avere sufficienti incentivi a ridurre il prezzo del proprio bene o servizio.

D'altro canto, qualora la produzione o la commercializzazione congiunta dei prodotti inclusi nel pacchetto consenta all'impresa dominante di realizzare significativi risparmi di costo, gli operatori attivi nei mercati interessati si troverebbero in una situazione di svantaggio competitivo e, quindi, potrebbero non essere in grado di coordinarsi per commercializzare un *bundle* alternativo a prezzi competitivi, o ridurre autonomamente il livello dei prezzi per consentire ai clienti di acquistare separatamente i diversi prodotti a un prezzo complessivo sufficientemente contenuto.

In conclusione, la questione dell'allocazione degli sconti sui diversi prodotti inclusi nel *bundle* non può essere definita *a priori*. Il rischio di disincentivare politiche di prezzo sostanzialmente pro-competitive induce a preferire, come regola generale, l'allocazione dello sconto complessivo concesso dall'impresa dominante sull'intera gamma di prodotti commercializzati in mercati concorrenziali[158]. Siffatta allocazione consentirebbe di fornire alle imprese i giusti incentivi ad ampliare la gamma dei loro prodotti, se ciò consente di realizzare risparmi di costo. Peraltro, una diversa allocazione degli sconti potrebbe essere giustificata ove sia possibile dimostrare che: (i) esistono significativi ostacoli all'espansione della gamma di prodotti da parte dei concorrenti minori; (ii) questi ultimi non sono in grado di collaborare con altri fornitori per offrire un *bundling* alternativo a prezzi competitivi; e (iii) è improbabile che le dinamiche competitive nei mercati interessati conducano naturalmente a un sufficiente abbassamento del livello dei prezzi dei diversi prodotti interessati.

8.1.2. L'allocazione degli sconti in caso di domanda non interamente contendibile

La questione dell'allocazione degli sconti sui diversi beni o servizi inclusi nel *bundle* è ancor più complessa nei casi in cui la domanda per uno o più prodotti non sia interamente contendibile o monopolizzata, bensì soltanto parzialmente inelastica. Ove l'impresa agente detenga una posizione dominante, ma non monopolistica, nel mercato di un prodotto, l'allocazione dell'intero sconto sul secondo potrebbe indurre a sovrastimare il potenziale escludente della pratica, posto che un rivale attivo in entrambi gli ambiti merceologici potrebbe distribuire il relativo onere finanziario non soltanto sulle vendite del prodotto concorrenziale, ma anche su quelle (contendibili) del bene o servizio sul quale il fornitore può esercitare potere di mercato[159]. Per

[158] In senso conforme, cfr. H. HOVENKAMP, *Discounts and Exclusion*, cit.

[159] In ogni caso, la dimostrazione del carattere non predatorio del prezzo incrementale, in caso d'imputazione dell'intero sconto al prodotto venduto nel mercato concorrenziale, dovrebbe porre l'impresa agente al riparo dagli strali dell'antitrust.

converso, ove la domanda dei clienti per il prodotto venduto nel mercato concorrenziale non sia interamente contendibile, l'allocazione dello sconto sull'intera domanda dei singoli clienti per tale prodotto potrebbe indurre a sottostimare il potenziale escludente delle politiche di sconti leganti.

Gli Orientamenti riconoscono i rischi legati all'esistenza di una base inelastica della domanda nel contesto degli sconti fidelizzanti mono-prodotto, ma non tengono conto del medesimo fenomeno nel quadro dell'analisi degli sconti leganti[160]. In linea con l'orientamento seguito in materia di sconti fidelizzanti mono-prodotto, per accertare se i rivali siano in grado di far fronte al sistema di sconti leganti, il beneficio finanziario concesso dall'impresa dominante dovrebbe essere allocato, a rigore, sulla quota contendibile della domanda dei clienti per i diversi prodotti inclusi nel *bundle*, o su quella più ristretta che potrebbe essere ragionevolmente conquistata dai rivali[161].

8.1.3. Considerazioni conclusive circa l'allocazione degli sconti

La questione dell'allocazione degli sconti sui diversi prodotti inclusi nel *bundle* non può essere risolta in astratto, bensì va definita in relazione al funzionamento del sistema di incentivi e alle caratteristiche dei settori interessati, al fine ultimo d'individuare l'ambito nel quale gli operatori possono ragionevolmente competere e, pertanto, potrebbero prodursi effetti escludenti. In sintesi, è possibile distinguere le seguenti principali ipotesi:

(a) se la concorrenza tra pacchetti alternativi è ragionevolmente possibile, perché gli altri operatori offrono gli stessi prodotti o potrebbero ampliare la propria gamma senza costi eccessivi, e l'impresa dominante non detiene una porzione monopolizzata delle vendite di alcun prodotto, è possibile applicare il classico test di predatorietà, assumendo come parametri di riferimento il

[160] In effetti, i problemi concorrenziali sorgono, in entrambi i casi, dallo sfruttamento di una base inelastica delle vendite per diminuire il prezzo effettivo delle unità più esposte alla pressione concorrenziale di altri operatori, tant'è che gli sconti fidelizzanti concessi su un unico bene o servizio possono essere considerati alla stregua di sconti leganti intra-prodotto: cfr. D. GERADIN, *A Proposed Test for Separating Pro-Competitive Conditional Rebates from Anti-Competitive Ones*, cit.

[161] Cfr. G. FAELLA, *Foreclosure, Predation and Competition on the Merits: An Analysis of Bundled Discounts*, cit.; sebbene il test di prezzo delineato dalla Commissione per gli sconti leganti non faccia riferimento al problema della possibile esistenza di una quota non contendibile della domanda, secondo N. ECONOMIDES, *Loyalty/requirement rebates and the Antitrust Modernization Commission: What is the appropriate liability standard?*, cit., e ID., *Tying, Bundling and Loyalty/Requirement Rebates*, cit., gli Orientamenti dovrebbero essere interpretati nel senso che la medesima logica alla base del trattamento degli sconti fidelizzanti mono-prodotto si estenderebbe a quelli multi-prodotto.

prezzo complessivo e i costi aggregati dei prodotti inclusi nel *bundle*;

(b) se uno o più beni o servizi sono monopolizzati, mentre un altro prodotto è venduto in un mercato concorrenziale nel quale l'impresa dominante non può sfruttare una base inelastica della domanda, lo sconto complessivo dovrebbe essere allocato sul prodotto esposto all'altrui concorrenza;

(c) se uno o più beni o servizi sono monopolizzati, mentre più prodotti diversi sono venduti in mercati concorrenziali nei quali l'impresa dominante non può sfruttare una base inelastica della domanda, lo sconto complessivo dovrebbe esser allocato sull'insieme dei prodotti esposti all'altrui concorrenza, a meno che le particolari circostanze del caso di specie inducano a ritenere, con ragionevole certezza, che un'allocazione su un ambito più circoscritto sia più appropriata;

(d) infine, se la domanda dei clienti per uno o più beni o servizi inclusi nel sistema è parzialmente monopolizzata, lo sconto dovrebbe essere allocato soltanto sulle unità contendibili della domanda per tali prodotti.

La pratica non dovrebbe considerarsi idonea a precludere l'accesso a un determinato cliente ove il prezzo incrementale dei prodotti esposti all'altrui concorrenza – ivi incluse le unità contendibili della domanda dei clienti per i diversi prodotti solo parzialmente monopolizzati – sia superiore a un'appropriata misura dei costi. Peraltro, le autorità antitrust e gli attori dovrebbero avere la possibilità di dimostrare che, sebbene il prezzo incrementale dei prodotti esposti all'altrui concorrenza non sia inferiore ai costi, le imprese rivali non avrebbero sufficienti incentivi a competere per le unità contendibili della domanda di uno o più prodotti al di sotto delle soglie, poiché potrebbero incamerare maggiori profitti vendendo esclusivamente le unità al di sopra degli obiettivi d'acquisto a un prezzo più elevato.

Nel caso degli sconti leganti incrementali, il fatto che il prezzo scontato sia inferiore ai costi non implica necessariamente che esso sia escludente. Ove l'obiettivo sia superiore alla porzione inelastica della domanda, occorrerebbe verificare, altresì, se i concorrenti possono formulare un'offerta competitiva distribuendo lo sconto non soltanto sulle unità incrementali, ma anche su quelle contendibili sotto la soglia.

8.2. La definizione di un'appropriata misura dei costi

Un altro passaggio controverso nell'applicazione di un test di prezzo è la definizione di un'appropriata misura dei costi. Nel caso degli sconti leganti,

l'analisi può essere ulteriormente complicata dalla necessità di allocare i costi comuni, sostenuti da qualsiasi impresa che commercializzi una gamma di beni o servizi.

Negli Stati Uniti, in *PeaceHealth*, la Corte d'Appello per il Nono Circuito ha fatto riferimento al CVM[162]. In senso conforme si sono espresse, altresì, alcune corti inferiori[163]. Tuttavia, in molti casi, tale misura dei costi potrebbe non essere appropriata. Le politiche di sconti leganti possono essere sostenibili nel lungo periodo, perché possono essere immediatamente profittevoli e, in ogni caso, non implicano necessariamente alcuna perdita. Nel lungo periodo, i rivali potrebbero esser costretti a uscire dal mercato o rinunciare a farvi ingresso, ove non siano in grado di coprire i loro costi totali.

In dottrina, vi è un crescente consenso sull'uso del CEM[164]. Nei settori con elevati costi fissi, ogni vendita incrementale che copra il CEM è razionale per l'impresa dominante, perché contribuisce al recupero degli investimenti effettuati. Inoltre, ove l'abbassamento dei prezzi sia transitorio, i costi che variano soltanto nel lungo periodo non possono comunque essere evitati e, pertanto, non dovrebbero essere presi in considerazione nell'accertamento della profittabilità di una determinata politica di prezzo.

Peraltro, l'utilizzo del CEM potrebbe non consentire di cogliere appieno il rischio d'esclusione dei rivali nei casi in cui la politica di sconti leganti sia attuata per un lungo periodo. Inoltre, quando un mercato è caratterizzato da elevati costi fissi affondati e costi evitabili molto bassi, l'uso del CEM come parametro di riferimento potrebbe non riflettere adeguatamente la realtà economica dell'industria interessata, posto che i possibili nuovi entranti non sosterrebbero gli investimenti necessari per entrare in un mercato se non avessero una ragionevole prospettiva di recuperare tutti i costi legati a uno specifico prodotto.

In considerazione dei problemi legati all'uso del CEM, altra parte della dottrina ha suggerito il ricorso al CTM[165]. Sulla stessa linea, in *Intel*, la Commissione ha richiesto la copertura del CVM e di un'appropriata percentuale dei costi fissi affondati[166]. Tuttavia, anche l'utilizzo del CTM non appare del tutto convincente, tanto sul piano teorico quanto su quello applicativo: da un lato, il riferimento a tale misura potrebbe scoraggiare iniziative concorrenziali temporanee sostanzialmente pro-competitive;

---

[162] *Cascade Health Solutions v. PeaceHealth*, 515 F.3d 883, 906-910 (9th Cir. 2008).

[163] Cfr. *Info. Res., Inc. v. Dun & Bradstreet Corp.*, 359 F.Supp.2d 307, 307 (S.D.N.Y. 2004); *Virgin Atl. Airways Ltd. v. British Airways PLC*, 69 F.Supp.2d 571, 580 n. 8 (S.D.N.Y. 1999).

[164] Cfr., *inter alia*, C. AHLBORN-D. BAILEY, *op. cit.*; S. BISHOP-P. MARSDEN, *op. cit.*

[165] Cfr. N. ECONOMIDES-I. LIANOS, *op. cit.*

[166] Cfr. *In re Intel Corp.*, Docket No. 9341 (FTC, 16 dicembre 2009), 21.

dall'altro, in presenza di imprese dotate di una gamma variegata di prodotti, l'imputazione dei costi comuni ai diversi beni o servizi è estremamente complessa e può sconfinare nell'arbitrio[167].

Negli Orientamenti, in sintonia con la prassi in materia di politiche di prezzo delle imprese multi-prodotto[168], la Commissione ha espressamente fatto riferimento al CIMLP, che consente di catturare tutti i costi aggiuntivi sostenuti da un'impresa per operare in un determinato mercato[169]. In molti casi, la scelta d'utilizzare una misura prudenziale, come il CIMLP, potrebbe essere appropriata, considerata la sostenibilità della pratica nel lungo periodo. Tuttavia, ove una politica di sconti leganti sia stata attuata, o sia previsto che duri, soltanto per un limitato periodo, l'accesso alla clientela potrebbe non essere effettivamente precluso se il prezzo incrementale dei prodotti esposti all'altrui pressione concorrenziale è superiore al CEM.

La soluzione più appropriata è, probabilmente, l'adozione di un approccio flessibile, incentrato su due principali parametri di costo: quando i prezzi sono inferiori al CEM, si può presumere che la pratica contestata sia idonea a escludere concorrenti altrettanto efficienti sul piano produttivo; quando i prezzi sono superiori al CEM, ma inferiori al CIMLP, le autorità antitrust e i giudici dovrebbero verificare se fattori aggiuntivi portino alla conclusione che l'ingresso o l'espansione di concorrenti altrettanto efficienti possa essere ostacolata[170], tenuto conto, in particolare, della (prevedibile) durata

---

[167] Cfr. P.E. AREEDA-H. HOVENKAMP-E. ELHAUGE, *op. cit.*, ¶ 1758f, 335: «*proving costs is always difficult and tracing them to particular products is even more difficult. Indeed, allocating joint costs among the products in a package is arbitrary even in theory*». Nella letteratura economica, è stato evidenziato come non vi sia un metodo economicamente corretto per allocare tali costi: cfr. W.J. BAUMOL-M.F. KOEHN-D.W. ROBERT, *op. cit.*

[168] Cfr., in particolare, Commissione 20 marzo 2001, caso COMP/35.141, *Deutsche Post AG*, cit.

[169] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 59; v. anche *DG Competition discussion paper*, cit., § 190. Nelle loro relazioni sulle condotte unilaterali escludenti, l'AMC e il DOJ hanno fatto generico riferimento agli «*incremental cost*», senza fornire ulteriori dettagli circa l'esatta determinazione del livello dei costi: v. Antitrust Modernization Commission, *Report and Recommentations*, cit., 94-100; Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, cit., 101. In dottrina, in senso favorevole all'adozione di una misura dei costi incrementali, in considerazione del fatto che la copertura degli stessi implica la razionalità economica della condotta, cfr. H. HOVENKAMP-E. HOVENKAMP, *Complex Bundled Discounts and Antitrust Policy*, cit.

[170] Tale approccio renderebbe il trattamento degli sconti leganti più coerente con quello degli sconti fidelizzanti mono-prodotto adottato dalla Commissione negli Orientamenti (cfr. § 44). In effetti, la *ratio* della disparità di trattamento tra i due tipi di politiche di sconti è perlomeno dubbia.

della pratica, nonché dell'importanza dei costi fissi irrecuperabili in relazione a quelli evitabili[171].

Il riferimento a misure dei costi incrementali, quali il CEM e il CIMLP, potrebbe consentire all'impresa dominante di trarre vantaggio dall'eventuale esistenza di costi comuni sostenuti per operare in mercati nei quali i rivali non sono in grado di far ingresso, per vincoli normativi o barriere economiche. Peraltro, i mercati in cui tale rischio è più significativo sono, di norma, quelli recentemente liberalizzati e assoggettati a forme di regolazione, nei quali misure di natura regolatoria potrebbero stabilire – in maniera più efficace dell'intervento antitrust – i limiti che devono essere rispettati dalle imprese dominanti nella definizione delle proprie politiche di prezzo per promuovere l'ingresso e l'espansione di operatori minori. In linea di principio, le norme antitrust non dovrebbero impedire alle imprese dominanti di tener conto di eventuali economie di gamma nella definizione delle loro politiche di prezzo. I costi comuni dovrebbero essere tenuti in considerazione soltanto in casi eccezionali, allorché sia possibile dimostrare che tali costi sono importanti in relazione a quelli complessivi e ostacoli oggettivi e non ragionevolmente superabili impediscono ai rivali di realizzare simili economie di gamma ampliando la propria offerta commerciale[172].

8.3. L'esclusione di concorrenti non (ancora) altrettanto efficienti

Un test di prezzo incentrato sull'esclusione di un ipotetico concorrente altrettanto efficiente potrebbe destare preoccupazioni ove il sistema di sconti impedisca ai rivali di raggiungere adeguati livelli d'efficienza. Inoltre, in alcuni casi, anche concorrenti meno efficienti possono esercitare una pressione concorrenziale sull'impresa dominante, limitando l'esercizio del potere di mercato a beneficio dei consumatori[173]. In tale ottica, è stato proposto d'integrare il test del concorrente altrettanto efficiente con un test basato sui costi di un rivale attuale, che consentirebbe d'intervenire per vietare una politica di sconti quando sia provato che tale impresa non è in grado di

[171] Peraltro, se la pratica contestata è attuata per un lungo periodo, il CEM e il CIMLP tendono a coincidere. Infatti, di norma, quanto più lungo è l'arco temporale considerato, tanto più ampio tende a essere il CEM, posto che un ammontare più esteso di costi affondati diviene evitabile nel corso del tempo.

[172] Cfr. *supra*, Cap. II, § 8.3.

[173] Cfr., *inter alia*, E. ELHAUGE, *Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, cit.; M. LAO, *op. cit.*

competere e la sua esclusione restringe la concorrenza e riduce il *consumer welfare*[174].

Secondo l'orientamento prevalente nella dottrina, peraltro, fatto proprio dal DOJ nel Section 2 Report, il rischio di falsi negativi generato dall'uso di un test di prezzo basato sui costi dell'impresa interessata non giustifica comunque un approfondimento dell'analisi di condotte che beneficiano del *safe harbor*, considerati gli elevati costi amministrativi, la possibilità di falsi positivi e il disincentivo all'adozione di condotte pro-competitive conseguente alla situazione d'incertezza giuridica[175]. Per contro, nel Discussion Paper e nei successivi Orientamenti, la Commissione ha lasciato aperta la possibilità d'intervenire per proteggere concorrenti meno efficienti, sebbene soltanto in presenza di particolari circostanze, quali l'esistenza di un vantaggio competitivo non replicabile o l'esigenza di consentire l'ingresso o l'espansione di concorrenti potenzialmente in grado di raggiungere analoghi livelli d'efficienza[176]. Gli effetti negativi derivanti dall'affievolimento della concorrenza sui prezzi suggeriscono di non utilizzare lo strumentario dell'antitrust per vietare condotte inidonee a escludere concorrenti altrettanto efficienti o, quantomeno, d'intervenire soltanto in casi eccezionali e, comunque, con provvedimenti di tipo inibitorio, evitando l'irrogazione di sanzioni o la condanna al risarcimento dei danni per le condotte poste in essere in passato[177].

8.4. Lo standard probatorio e il ruolo di un test di prezzo

L'accertamento dell'idoneità escludente delle politiche di sconti leganti solleva difficoltà applicative analoghe a quelle connesse all'analisi degli sconti fidelizzanti mono-prodotto[178]. Tuttavia, nel caso degli sconti leganti, le difficoltà possono essere notevolmente accresciute dalla contemporanea

---

[174] Cfr. N. ECONOMIDES, *Loyalty/requirement rebates and the Antitrust Modernization Commission: What is the appropriate liability standard?*, cit.

[175] Cfr. Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, cit., 102; in dottrina, cfr., *inter alia*, J.M. JACOBSON, *Exploring the Antitrust Modernization's Proposed Test for Bundled Pricing*, cit.

[176] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 23; *DG Competition discussion paper*, cit., §§ 67, 129, 190. *Contra*, cfr. D. GERADIN, *A Proposed Test for Separating Pro-Competitive Conditional Rebates from Anti-Competitive Ones*, cit., sull'assunto che la situazione d'incertezza giuridica creata dall'assenza di un *safe harbor* rischia di scoraggiare l'attuazione di iniziative pro-competitive. In senso critico, v. anche J. TEMPLE LANG, *Commission's New Guidance on Artiche 82 is Flawed*, cit.

[177] Sul punto, v. *supra*, Cap. I, § 8.3.

[178] Cfr. *supra*, Cap. II, § 8.

presenza di due o più prodotti. La stima del prezzo incrementale dei prodotti concorrenziali postula la disponibilità di un nutrito novero di informazioni e dati non agevolmente reperibili e implica valutazioni estremamente complesse e caratterizzate da un elevato margine di opinabilità e incertezza. La porzione monopolizzata della domanda per uno o più prodotti potrebbe essere difficilmente stimabile, variare significativamente tra i diversi acquirenti ed essere soggetta a fluttuazioni nel corso del tempo. Ove il sistema di sconti leganti includa un significativo novero di prodotti, vi siano numerosi acquirenti e le loro preferenze e abitudini d'acquisto siano eterogenee, può essere estremamente difficile, o sostanzialmente impossibile, accertare con ragionevole approssimazione se il prezzo incrementale sia inferiore a un'appropriata misura dei costi con riferimento a ciascun singolo cliente[179].

Inoltre, anche qualora il prezzo incrementale dei prodotti contendibili consenta la copertura dei costi, fornitori altrettanto efficienti sul piano produttivo non avrebbero sufficienti incentivi a competere per le unità di uno o più prodotti sotto le soglie, ove possano incamerare maggiori profitti vendendo esclusivamente le unità sopra le soglie a un prezzo più elevato.

In caso di politiche di prezzo complesse, come gli sconti leganti, i test di prezzo sono inevitabilmente strumenti analitici imperfetti e soggetti ad ampio margine d'apprezzamento. Nella maggior parte dei casi, un test di prezzo adeguatamente strutturato non può fungere da *safe harbor* per le imprese, né può fornire indicazioni univoche alle autorità e alle corti competenti, bensì può rappresentare soltanto un tassello di un mosaico più ampio, l'elemento più importante, ma di per sé non determinante, del complessivo quadro probatorio su cui le autorità antitrust e i giudici possono fondare il loro convincimento.

In considerazione dei limiti e delle difficoltà insite nell'applicazione di un test di prezzo a politiche commerciali complesse, l'allocazione dell'onere della prova e la definizione dello standard probatorio assumono valore cruciale. In linea di principio, ove il prezzo complessivo scontato dei diversi prodotti inclusi nell'offerta legante sia superiore a un'appropriata misura dei costi, si dovrebbe partire dalla presunzione di liceità della pratica. Le autorità antitrust e gli attori hanno l'onere di dimostrare che, sebbene il prezzo complessivo non sia inferiore al livello dei costi, un concorrente altrettanto efficiente sul piano produttivo non sarebbe in grado di competere, applicando un test di prezzo adeguatamente strutturato.

Nei casi in cui sia impossibile stimare l'impatto del sistema su tutti i clienti interessati, le autorità antitrust e gli attori potranno provare che la pratica può avere effetti escludenti applicando un adeguato test di prezzo a casi

[179] L'applicazione di un test di prezzo è resa ancor più complessa dalla necessità d'identificare un'appropriata misura dei costi, che possa fungere da parametro di riferimento.

specifici, riguardanti i clienti più importanti, di maggiori dimensioni o rappresentativi di determinate categorie omogenee di acquirenti. La solidità dell'impianto probatorio sarà maggiore quando le stime del prezzo incrementale della quota contendibile: (i) riguardino una significativa porzione degli acquirenti o, pur interessando un limitato novero di casi, i suoi risultati possano essere ragionevolmente generalizzati a categorie di clienti più ampie; e (ii) si basino su dati e informazioni sufficientemente completi, accurati, precisi e affidabili.

Nei casi in cui l'applicazione di un test di prezzo adeguatamente strutturato si riveli eccessivamente complessa e incerta o, comunque, non fornisca elementi probatori sufficientemente completi, solidi e attendibili, l'accertamento di un'infrazione alla disciplina antimonopolistica dovrebbe esser supportato da elementi indiziari atti a dimostrare, con un ragionevole grado di certezza, che concorrenti altrettanto efficienti sul piano produttivo non sarebbero in grado di competere.

In tale contesto, l'esistenza di effetti escludenti attuali costituisce un fattore d'analisi di cui occorre tener conto. La crescita dell'operatore egemone, l'uscita dei concorrenti o la riduzione delle loro quote di mercato a seguito dell'avvio della pratica, l'assenza di nuovi ingressi e il fatto che pressoché tutti gli acquirenti interessati abbiano raggiunto, o fatto del loro meglio per raggiungere, le soglie fissate dall'impresa dominante costituiscono indici di un impatto della politica di sconti sui mercati interessati. Tuttavia, l'esistenza di effetti escludenti attuali riveste, in quanto tale, limitato valore probatorio, posto che l'espansione della quota di mercato dell'impresa dominante e la parallela riduzione di quella dei concorrenti potrebbero dipendere da fattori e variabili estranee alla politica commerciale contestata. Inoltre, anche qualora vi sia un nesso causale tra la condotta e l'andamento delle quote di mercato relative, occorrerebbe comunque dimostrare che la pratica non costituisce una legittima forma di concorrenza basata sui meriti[180].

Per converso, il fatto che la politica di sconti non abbia avuto effetti escludenti, pur essendo stata attuata per un significativo lasso di tempo, dovrebbe precludere, in linea di principio, l'accertamento di un'infrazione alla disciplina antimonopolistica. L'espansione delle quote di mercato dei concorrenti, l'ingresso di nuovi operatori e l'esistenza di diversi casi in cui un rivale abbia sottratto all'impresa egemone determinati clienti coperti dal sistema di sconti, o una porzione consistente del loro fabbisogno, indicano che, con ogni probabilità, la pratica non era idonea a impedire precludere l'accesso alla clientela o, quantomeno, il livello di preclusione era contenuto.

[180] Cfr. *supra*, Cap. II, § 8.6.

Ulteriori fattori possono contribuire a dimostrare che la pratica consente d'escludere concorrenti altrettanto efficienti. Il potenziale escludente di un sistema di sconti leganti tende ad aumentare quando: (i) i tassi di sconto applicati ai prodotti interessati crescono; (ii) il valore dei prodotti rientranti nella quota monopolizzata su cui è calcolato lo sconto aumenta; e (iii) i margini derivanti dalla vendita dei prodotti compresi nella quota concorrenziale diminuiscono[181]. In tale ottica, i fattori di analisi rilevanti possono essere ricondotti a tre principali categorie:

(i) elevati tassi di sconto applicati ai prodotti interessati;

(ii) fattori che indicano un elevato valore dei prodotti non contendibili su cui è calcolato lo sconto (quali il computo dello sconto su diversi prodotti monopolizzati o, comunque, la cui domanda non è in buona parte contendibile, l'ampiezza della porzione non contendibile della domanda, l'elevato prezzo di tali prodotti, il significativo fabbisogno dei clienti per gli stessi, il carattere retroattivo del sistema di sconti e l'esistenza di ostacoli all'espansione della gamma dei beni o servizi commercializzati dai concorrenti);

(iii) fattori che indicano un limitato valore dei margini derivanti dalla vendita dei prodotti contendibili (quali la presenza di pochi prodotti concorrenziali o, comunque, la cui domanda è in buona parte contendibile, la scarsa ampiezza della porzione contendibile della domanda, l'esiguità dei margini unitari derivanti dalla vendita di tali prodotti e il limitato fabbisogno dei clienti per gli stessi).

Per converso, fattori quali la modesta entità dei tassi di sconto, il valore contenuto dei prodotti non contendibili su cui è calcolato il beneficio, il significativo valore dei margini derivanti dalla vendita dei beni o servizi esposti alla concorrenza di altri operatori e l'assenza di ostacoli all'espansione della gamma dei concorrenti tendono a limitare il rischio di effetti escludenti.

Ove gli effetti escludenti riscontrati e gli elementi indiziari raccolti inducano a ritenere, con un ragionevole grado di certezza, che la pratica possa essere anticompetitiva, incomberebbe sull'impresa dominante l'onere di provare che, nonostante le eventuali asimmetrie tra l'impresa egemone e gli altri operatori, rivali efficienti sarebbero in grado di competere e, pertanto, la condotta commerciale integra una legittima forma di concorrenza basata sui meriti, idonea a innescare dinamiche competitive virtuose.

Qualora invece il sistema di sconti leganti non impedisca a concorrenti altrettanto efficienti di formulare offerte competitive, le autorità antitrust e gli

[181] Cfr. *supra*, § 2.1.3.

attori avrebbero comunque la possibilità di provare che gli altri operatori non avrebbero sufficienti incentivi a competere per le unità contendibili del fabbisogno dei clienti sotto le soglie per uno o più prodotti inclusi nel *bundle*, poiché potrebbero incamerare maggiori profitti vendendo soltanto le unità sopra le soglie a prezzi più elevati.

In ogni caso, le autorità antitrust e i giudici dovrebbero tener conto delle informazioni a disposizione delle imprese interessate al momento dell'assunzione delle decisioni strategiche contestate e dell'elevato livello d'incertezza inerente all'analisi del potenziale escludente degli sconti leganti, ai fini dell'accertamento dell'illecito o, quantomeno, delle valutazioni concernenti il trattamento sanzionatorio e il risarcimento dei possibili danni.

9. L'analisi del grado di preclusione e dell'impatto concorrenziale della pratica

L'accertamento dell'impossibilità di fronteggiare l'offerta dell'impresa dominante rappresenta soltanto il primo stadio dell'analisi. Anche qualora i concorrenti non siano in grado di compensare i clienti per la perdita del beneficio concesso dall'impresa egemone, non si può prescindere da un'analisi dell'impatto concorrenziale della pratica alla luce dei principî generali in tema di condotte unilaterali escludenti[182].

In primo luogo, le autorità antitrust e le corti dovrebbero verificare se il sistema di sconti contestato precluda l'accesso a una porzione consistente di uno o più mercati, creando significative barriere all'ingresso o all'espansione di altri operatori. In tale ottica, è necessario analizzare una serie di fattori che incidono sulle possibilità d'ingresso e di sviluppo dei rivali, quali il numero e la domanda complessiva dei clienti vincolati[183], la porzione del loro fabbisogno

[182] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., §§ 20, 52-58; Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, cit., 102, 103. In dottrina, cfr., *inter alia*, D.W. CARLTON-P. GREENLEE-M. WALDMAN, *op. cit.* (che propongono, in aggiunta all'utilizzo di un test di prezzo come *safe harbor*, lo svolgimento di un'analisi volta a verificare in concreto un impatto negativo sui consumatori, attraverso l'accertamento di quattro condizioni: (i) l'esistenza di economie di scala nel mercato del prodotto concorrenziale; (ii) il potere di mercato dell'impresa interessata; (iii) l'aumento del prezzo del bene o servizio legato; e (iv) l'uscita dal mercato o, comunque, l'aumento dei costi del rivale); H. HOVENKAMP, *Discounts and Exclusion*, cit. (che propone un approccio articolato in due stadi: l'uno incentrato sull'analisi comparata di prezzi e costi, che mira ad accertare l'esistenza di un'effettiva coercizione delle scelte dei clienti; l'altro inteso ad appurare gli effetti restrittivi della pratica legante attuata dall'impresa egemone, in linea coi principî generali in tema di *tie-in* e obblighi d'acquisto esclusivo).

[183] Come rilevato *supra*, il potenziale escludente della pratica dipende, *inter alia*, dalle caratteristiche dei diversi acquirenti, quali l'ammontare del fabbisogno per i diversi prodotti inclusi nel *bundle* e la misura della porzione non contendibile della domanda per gli stessi. Di

coperta dal sistema di sconti, la loro importanza per un nuovo entrante, le dimensioni minime efficienti necessarie per operare nel mercato[184], nonché la possibile esistenza di effetti di rete che possano condurre a una cristallizzazione delle dinamiche competitive.

Il grado di preclusione dovrebbe essere valutato con riferimento al mercato nel suo complesso[185], tenendo conto dei possibili utilizzi dei prodotti inclusi nel sistema. Nei casi in cui i prodotti interessati abbiano diversi utilizzi, alcuni dei quali non sono collegati agli altri beni o servizi inclusi nel *bundle*, il livello di preclusione causato dall'attuazione di un sistema di sconti leganti potrebbe essere piuttosto contenuto. Per converso, il livello di preclusione tende a essere maggiore quando vi è un elevato grado di complementarietà tra i prodotti interessati, che sono utilizzati congiuntamente dalla totalità o dalla maggior parte degli acquirenti[186]. Ove gli acquirenti siano distributori, è necessario verificare, altresì, la disponibilità di canali commerciali alternativi, il grado d'efficienza degli stessi, la possibilità di effettuare vendite dirette ai consumatori e la presenza di barriere all'ingresso nel settore distributivo, idonee a ostacolare politiche d'integrazione verticale.

Inoltre, le autorità antitrust e le corti dovrebbero analizzare se l'esclusione dei rivali o, comunque, la limitazione della loro capacità competitiva abbia riflessi più estesi sul sistema concorrenziale nel suo complesso, determinando il rafforzamento o la conservazione del potere di mercato dell'impresa egemone, a detrimento degli interessi dei consumatori. In tale prospettiva, le autorità competenti dovrebbero operare un'indagine ad ampio raggio circa la struttura e le caratteristiche dei mercati nei quali si teme un effetto escludente, tenendo conto di fattori quali la posizione dell'impresa egemone, la rilevanza concorrenziale dei rivali (potenzialmente) danneggiati, la pressione competitiva esercitata da eventuali altri operatori e l'esistenza di ostacoli all'accesso o alla crescita dei concorrenti[187].

---

conseguenza, un sistema di sconti leganti potrebbe precludere l'accesso a determinati clienti, ma consentire ai rivali di competere per assicurarsi, in tutto in parte, il fabbisogno di altri acquirenti, ove questi ultimi acquistino maggiori quantitativi di prodotti concorrenziali o la porzione contendibile della loro domanda sia più elevata.

[184] Sul ruolo centrale dell'ostacolo al raggiungimento di significative economie di scala nell'apprezzamento degli effetti anticompetitivi degli sconti leganti, cfr. D.W. CARLTON-P. GREENLEE-M. WALDMAN, *op. cit.*

[185] Sul livello di preclusione rilevante nell'apprezzamento del potenziale anticompetitivo di una politica di sconti, cfr. *supra*, Cap. II, § 9.

[186] Cfr. H. HOVENKAMP-E. HOVENKAMP, *Complex Bundled Discounts and Antitrust Policy*, cit.; E. HOVENKAMP-H. HOVENKAMP, *Tying Arrangements*, cit.

[187] Cfr. T.A. LAMBERT, *Evaluating bundled discounts*, cit. Peraltro, anche in assenza di fattori strutturali che ostacolino l'entrata di nuovi operatori, la pratica potrebbe consolidare o estendere

Un pregiudizio alla concorrenza può verificarsi ogniqualvolta la pratica sia idonea a ridurre la pressione competitiva esercitata dai rivali, escludendoli dal mercato, impedendogli di realizzare economie di scala, di gamma o d'apprendimento o di raggiungere effetti di rete, disciplinandone il comportamento o riducendo i loro incentivi a investire in capacità produttiva, in ricerca e sviluppo o in attività promozionali. Un sistema di sconti leganti potrebbe essere utilizzato da un'impresa egemone non soltanto per estendere o consolidare il proprio potere di mercato in uno o più ambiti merceologici, ma anche per proteggere la posizione d'egemonia già detenuta nel mercato del prodotto legante, scoraggiando o rendendo più difficoltosa l'entrata o la permanenza in quest'ultimo. Infatti, gli antagonisti nella commercializzazione del prodotto legato potrebbero essere i più verosimili nuovi entranti nel mercato del bene o servizio legante. Inoltre, se due o più beni o servizi sono destinati a essere utilizzati congiuntamente, la monopolizzazione di un bene o servizio complementare potrebbe scoraggiare o rendere più difficoltosa l'entrata nel mercato del prodotto legante. Ancora, se il prodotto legante e quello legato sono parziali sostituti, l'esclusione dei rivali attivi nel secondo mercato riduce la pressione competitiva anche nel primo. Gli effetti restrittivi possono essere particolarmente significativi quando il bene o servizio legato potrebbe soppiantare il prodotto legante in un periodo successivo, giacché un sistema di sconti leganti potrebbe consentire all'impresa dominante di preservare lo *status quo* o sviluppare, in via preventiva, una posizione monopolistica nella tecnologia del futuro[188].

Nel Section 2 Report, il DOJ ha rilevato che, se i rivali non sono stati estromessi dal mercato e la loro uscita non è ragionevolmente imminente («*partial exclusion*»), le corti dovrebbero essere particolarmente caute nell'accertamento di un pregiudizio concorrenziale, posto che i consumatori potrebbero beneficiare degli sconti e, al contempo, della presenza delle imprese concorrenti[189]. Pur riconoscendo che un sistema di sconti leganti potrebbe privare i concorrenti della possibilità di realizzare economie di scala, il DOJ ha

---

il potere di mercato dell'impresa interessata mediante la creazione di barriere strategiche all'ingresso.

[188] Cfr. E. ELHAUGE, *Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, cit. L'utilizzo di pratiche leganti per acquisire una posizione di vantaggio nella possibile tecnologia del futuro rappresenta una delle chiavi di lettura del celebre caso *Microsoft*: cfr., *inter alia*, W.A. PAGE-J.E. LOPATKA, *The Microsoft Case: Antitrust, High Technology, and Consumer Welfare*, University of Chicago Press, Chicago, 2007, 29-32. Considerazioni analoghe sono state svolte dalla FTC in *Intel*: cfr. *In re Intel Corp.*, Docket No. 9341 (FTC, 16 dicembre 2009), 3, 4, 14.

[189] Cfr. Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, cit., 105.

sostenuto che tale rischio non debba essere sopravvalutato, perché un aumento dei costi medi non implica necessariamente una significativa crescita di quelli marginali e, quindi, una riduzione della capacità competitiva delle imprese rivali.

Di là dai problemi applicativi generati dall'esigenza di verificare se l'eliminazione dei rivali è ragionevolmente imminente[190], l'approccio divisato dal DOJ dell'amministrazione repubblicana solleva alcune perplessità, posto che l'affievolimento della capacità competitiva di uno o più operatori può avere un impatto rilevante sul complessivo grado di concorrenza indipendentemente dalla loro uscita dal mercato. Pur non cagionando un sensibile aumento dei costi marginali dei rivali, una pratica escludente può ridurre in misura significativa la capacità competitiva dei rivali, limitandone le potenzialità di crescita e, quindi, gli incentivi a investire in ricerca e sviluppo o in capacità produttiva. Nel mercato interessato potrebbero essere attivi altri operatori in grado d'esercitare una pressione concorrenziale[191], ma il pregiudizio arrecato a uno o più concorrenti minori potrebbe contribuire in misura apprezzabile al rafforzamento o alla conservazione del potere di mercato dell'impresa egemone, in un contesto caratterizzato da dinamiche competitive già affievolite. Inoltre, gli sconti leganti creano, di norma, ostacoli all'accesso alla clientela per tutti i concorrenti.

Nell'analisi dell'impatto concorrenziale della pratica, le autorità antitrust e le corti dovrebbero affrontare la questione del *recoupment*. Richiedere una specifica prova di una ragionevole possibilità di *recoupment* in tutti i casi di sconti leganti, come suggerito dall'AMC[192], non sarebbe appropriato, posto che la pratica può essere immediatamente profittevole per l'impresa dominante[193]. La prova di una ragionevole possibilità di recupero

---

[190] Siffatto accertamento richiederebbe un'analisi particolarmente approfondita e complessa, poiché la capacità di sopravvivenza di un'impresa può essere influenzata da diverse variabili, quali la forza finanziaria e la presenza in altri ambiti merceologici.

[191] Cfr. Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, cit., 105.

[192] Cfr. Antitrust Modernization Commission, *Report and Recommentations*, cit. 99.

[193] Cfr. Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, cit., 103, nota 110; *Cascade Health Solutions v. PeaceHealth*, 515 F.3d 883, 910 n. 21 (9th Cir. 2008), secondo cui il recupero potrebbe essere simultaneo. In dottrina, cfr., tra gli altri, N. ECONOMIDES, *Loyalty/requirement rebates and the Antitrust Modernization Commission: What is the appropriate liability standard?*, cit.; ID., *Tying, Bundling and Loyalty/Requirement Rebates*, cit.; D.W. CARLTON-P. GREENLEE-M. WALDMAN, *op. cit.* Nello stesso senso, ma sull'assunto che le efficienze generate dalla pratica possano renderla immediatamente profittevole, cfr. B. KLEIN-A.V. LERNER, *The law and economics of bundled pricing:* LePage's, PeaceHealth, *and the evolving antitrust standard*, cit. In senso contrario, cfr. B.R. BURCHFIELD, *op. cit.*, sulla scorta di una visione parcellizzata degli effetti della pratica,

potrebbe essere richiesta ove il prezzo complessivo scontato sia inferiore a un'appropriata misura dei costi aggregati[194], o l'attuazione del sistema di sconti comporti, comunque, una riduzione dei profitti incamerati dall'impresa dominante. Tuttavia, il requisito del *recoupment* non dovrebbe essere inteso in senso rigoroso, come specifica prova della possibilità d'incamerare un flusso di profitti futuri attualizzati superiore ai costi della pratica contestata[195]. In ultima istanza, ciò che rileva non è la possibilità di recuperare esattamente l'ammontare delle perdite sofferte o dei minori introiti incamerati nel primo stadio, bensì la capacità d'esercitare un maggior potere di mercato o prevenirne l'erosione in virtù dell'eliminazione o della limitazione della capacità competitiva dei rivali. L'analisi della possibilità di praticare prezzi più elevati di quelli che sarebbero stati offerti in assenza della condotta escludente dovrebbe costituire parte integrante della valutazione dell'impatto concorrenziale di qualsiasi politica di sconti, anche qualora essa sia immediatamente profittevole.

10. L'esistenza di una plausibile giustificazione commerciale

Una condotta escludente dovrebbe essere al riparo dagli strali dell'antitrust ove l'impresa agente sia in grado di fornire la specifica prova di una causa d'esclusione dell'antigiuridicità della condotta o di guadagni d'efficienza tali da compensare gli effetti anticoncorrenziali. In assenza di alternative meno restrittive, la vendita abbinata di più prodotti potrebbe essere giustificata da ragioni di sicurezza o dall'esigenza di tutelare l'immagine commerciale dell'impresa, lesa dall'impiego di prodotti qualitativamente inferiori in combinazione coi propri. Nell'apprezzamento dell'impatto concorrenziale di un sistema di sconti leganti, poi, non si può prescindere dal considerare i possibili guadagni d'efficienza che possono derivare, ad esempio, dalla realizzazione di economie di gamma o scala, dalla miglior pianificazione della produzione, dalla riduzione dei costi di transazione e dalla risoluzione di problemi di doppia marginalizzazione[196].

---

secondo cui la prova del recupero sarebbe richiesta in relazione alle perdite cagionate dalla vendita del singolo prodotto concorrenziale a un prezzo incrementale inferiore al livello dei costi. Sul tema del *recoupment* cfr., altresì, D.W. CARLTON-M. WALDMAN, *op. cit.*, per i quali non rileva se il recupero sia simultaneo o posticipato, giacché la questione fondamentale è se la pratica consenta di aumentare il prezzo del prodotto legato al di sopra del livello concorrenziale.

[194] Cfr. Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, cit., 101.

[195] Cfr. *supra*, Cap. II, § 9; cfr. anche H. HOVENKAMP-E. HOVENKAMP, *Exclusionary Bundled Discounts and the Antitrust Modernization Commission*, cit.

[196] Sul punto, v. *supra*, § 2.5.

Il concetto di giustificazione commerciale è stato tradizionalmente interpretato in modo restrittivo dalle istituzioni europee[197]. In linea di principio, i possibili guadagni d'efficienza sono stati tenuti in considerazione soltanto nella misura in cui si traducevano in una forma di concorrenza basata sulle *performance*, mediante una riduzione dei prezzi corrispondente ai risparmi di costo realizzati. A prima vista, il Discussion Paper e i successivi Orientamenti sembrano aver aperto la strada a un'analisi più approfondita delle cause di giustificazione e delle possibili efficienze nei casi d'abuso. In particolare, secondo gli Orientamenti, una condotta escludente non viola l'art. 102 TFUE se l'impresa dominante può dimostrare che la pratica contestata (i) è oggettivamente necessaria[198], o (ii) produce prevalenti guadagni d'efficienza, purché siano soddisfatte condizioni che riecheggiano quelle previste dall'art. 101, par. 3, TFUE[199].

Ciò nondimeno, fornire la prova di una giustificazione oggettiva continuerà a essere estremamente difficile nella prassi antitrust europea. Gli Orientamenti confermano che, di norma, gli sconti leganti non possono essere considerati oggettivamente necessari per proteggere la salute o la sicurezza dei consumatori[200]. Per quanto concerne le possibili efficienze, mentre il Discussion Paper sembrava reiterare l'orientamento tradizionale delle istituzioni europee, a tenore del quale, in linea di principio, gli sconti leganti sono giustificati soltanto se corrispondono a effettivi risparmi di costo[201], negli Orientamenti la Commissione ha dichiarato, in termini generici, la sua disponibilità a prendere in considerazione alcuni guadagni d'efficienza che possono essere generati da pratiche leganti, ma non ha fornito indicazioni chiare e dettagliate circa i criteri che essa intende seguire in siffatta analisi[202].

---

[197] Cfr. E. ROUSSEVA, *Abuse of Dominant Position Defenses – Objective Justification and Article 82 EC in the Era of Modernization*, in G. AMATO-C.D. EHLERMANN (a cura di), *EC Competition Law – A Critical Assessment*, Hart Publishing, Oxford, 2007, 377; A. ALBORS-LLORENS, *The role of Objective Justification and Efficiencies in the Application of Article 82 EC*, in *Common Market Law Review*, 2007, 1727.

[198] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., §§ 28, 29; v. anche *DG Competition discussion paper*, cit., §§ 77-83.

[199] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., §§ 28, 30; *DG Competition discussion paper*, cit., §§ 84-92.

[200] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 29.

[201] «[T]*o achieve the efficiencies … the price incentive contained in mixed bundling normally needs only to reflect the effective cost efficiency that is realised*»: *DG Competition discussion paper*, cit., § 206.

[202] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 62.

Il ruolo delle efficienze e delle ulteriori possibili giustificazioni commerciali è dibattuto anche sull'altro versante dell'Oceano. In *Le Page's*, la Corte d'Appello per il Terzo Circuito è parsa assumere una posizione estremamente conservativa, imponendo all'impresa interessata l'onere di dimostrare una sufficiente corrispondenza tra gli eventuali risparmi di costo resi possibili dalla vendita abbinata di più prodotti e la misura delle riduzioni di prezzo concesse alla clientela[203], in sintonia con l'orientamento tradizionale delle istituzioni europee in tema di sconti fidelizzanti e leganti.

Tuttavia, negli Stati Uniti, le autorità competenti e la dottrina tendono ad attribuire un maggior rilievo alle possibili giustificazioni oggettive. In una dichiarazione separata inclusa nel rapporto dell'AMC, in sintonia con l'orientamento di parte della dottrina nordamericana[204], il commissario Carlton ha suggerito che, considerate le numerose possibili spiegazioni per l'uso degli sconti leganti, la pratica dovrebbe essere immune dagli strali dell'antitrust ogniqualvolta sussista una plausibile spiegazione commerciale diversa dall'esclusione dei rivali[205]. Peraltro, tale approccio è stato severamente criticato durante le audizioni congiunte di fronte al DOJ e alla FTC che hanno condotto all'elaborazione del Section 2 Report, perché potrebbe tradursi in un aumento del livello dei prezzi ed è incentrato sulla volontà delle parti, le cui prove possono essere agevolmente manipolate o celate[206].

Nel Section 2 Report, il DOJ ha adottato un approccio più prudente. In base al *disproportionality test* proposto dal DOJ, infatti, in presenza di un pregiudizio attuale o probabile alla concorrenza, gli sconti leganti concessi da un'impresa egemone erano considerati illeciti esclusivamente ove fosse dimostrato che la pratica non aveva alcun effetto pro-competitivo o, quantomeno, che l'impatto anticoncorrenziale della stessa eccedeva di gran lunga gli eventuali benefici[207]. Tuttavia, oltre a sollevare alcuni dubbi

---

[203] Nella specie, la Corte ha ritenuto che il sistema di sconti non fosse giustificato sul piano commerciale, in quanto l'impresa egemone non aveva dimostrato che la fatturazione e la consegna congiunte di diversi prodotti comportassero una riduzione dei costi d'ammontare paragonabile agli sconti concessi ai rivenditori: v. *Le Page's v. 3M*, 324 F.3d 141, 164 (3d Cir. 2003).

[204] Cfr. P.E. AREEDA-H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, Supp. 2007, cit., ¶ 749b2, at 262, secondo cui «[a]*ny proven explanation for a package discount that does not depend on exclusion of rivals should indicate legality*».

[205] Cfr. Antitrust Modernization Commission, *Report and Recommentations*, cit., 398.

[206] Cfr. Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, cit., 104.

[207] Cfr. Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, cit., 105.

interpretativi[208], il *disproportionality test* è stato, a sua volta, duramente criticato da parte della dottrina e da alcuni esponenti della FTC, non soltanto per il suo potenziale impatto negativo sul benessere dei consumatori, ma anche perché appare difficilmente conciliabile con la regola di ragionevolezza tradizionalmente applicata dalle corti statunitensi, che è incentrata sul bilanciamento di effetti pro e anticompetitivi[209].

Il dibattito statunitense sul ruolo delle efficienze nell'analisi delle condotte unilaterali escludenti ha avuto un'eco limitata nel vecchio continente. Test simili a quelli proposti dal commissario Carlton e dal Section 2 Report non sarebbero compatibili col sistema antimonopolistico europeo, ove vige un principio generale in forza del quale i possibili guadagni d'efficienza non giustificano condotte anticompetitive se non sono sufficienti a compensare gli eventuali pregiudizi arrecati agli interessi dei consumatori[210]. Inoltre, gli Orientamenti precisano che una pratica può essere anticompetitiva anche qualora, nel complesso, il suo impatto sul benessere dei consumatori sia positivo, posto che una condotta unilaterale non può ritenersi oggettivamente giustificata se non è indispensabile per realizzare le efficienze prospettate o conduce all'eliminazione della concorrenza[211]. In siffatto scenario, le potenziali motivazioni efficientistiche continueranno a svolgere, verosimilmente, un ruolo secondario, se non marginale, nell'applicazione dell'art. 102 TFUE alle politiche di sconti leganti.

---

[208] In particolare, non è chiaro quando gli effetti anticompetitivi dovrebbero essere considerati sproporzionati rispetto ai possibili benefici.

[209] Cfr. *Statement of Commissioners Harbour, Leibowitz and Rosch on the Issuance of the Section 2 Report by the Department of Justice*, disponibile sul sito Internet http://www.ftc.gov/os/2008/09/080908section2stmt.pdf: «[t]*he disproportionality test distorts the rule of reason standard, which simply asks whether the anticompetitive harm "outweighs" the procompetitive effects*».

[210] In tal senso depone, anzitutto, il testo dell'art. 101, par. 3, TFUE; ma v. anche *Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, del trattato*, cit., § 85; Regolamento (CE) n. 139/2004 del 20 gennaio 2004, considerando 29; *Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali*, cit. §§ 76-84; *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., §§ 28, 30.

[211] *Id.*, § 30.

CAPITOLO IV

GLI SCONTI SELETTIVI

SOMMARIO: 1. La riduzione selettiva dei prezzi tra predatorietà e concorrenza. - 2. L'evoluzione della giurisprudenza statunitense. - 3. Gli sconti selettivi nella giurisprudenza e nella prassi decisionale europee. - 3.1. L'uso offensivo degli sconti selettivi. - 3.2. L'uso difensivo degli sconti selettivi. - 3.3. L'incerta *ratio* sottesa al divieto della pratica. - 4. Il Discussion Paper e gli Orientamenti. - 5. Il caso *Velux* e la sentenza della Corte di Giustizia in *Post Danmark*. - 6. La riconduzione degli sconti selettivi nel quadro generale di analisi delle politiche di prezzo predatorie. - 7. Il grado di preclusione e l'impatto concorrenziale. - 8. Gli effetti discriminatori. - 9. L'allineamento alle offerte dei concorrenti e le ulteriori giustificazioni oggettive.

1. La riduzione selettiva dei prezzi tra predatorietà e concorrenza

Gli sconti selettivi rappresentano una classica forma di *price discrimination*, consistente nell'offrire riduzioni di prezzo a determinati clienti ritenuti strategici o, comunque, più esposti alla pressione concorrenziale di altri operatori. Pur rappresentando un'efficace leva competitiva, la pratica può perseguire, in alcune ipotesi, fini anticompetitivi, analogamente alle politiche di sconti mono- e multi-prodotto di carattere fidelizzante. Tuttavia, gli sconti selettivi rappresentano un fenomeno intrinsecamente diverso dalle politiche di sconti fidelizzanti e leganti. Queste ultime condividono un tratto fondamentale: attraverso un meccanismo d'incentivazione adeguatamente calibrato, un'impresa egemone può sfruttare strategicamente una situazione d'asimmetria con gli altri operatori per consolidare o estendere il proprio potere di mercato, offrendo un prezzo effettivo inferiore a quello nominale per una determinata porzione del fabbisogno dei clienti per uno o più beni o servizi. Nel caso degli sconti selettivi, invece, il prezzo effettivo coincide con quello nominale e il potenziale anticompetitivo risiede tipicamente nel rapporto tra quest'ultimo e i costi.

Analogamente alle altre strategie predatorie, la concessione di sconti selettivi può avere effetti anticompetitivi quando si risolve nell'offerta di prezzi finali inferiori a un'appropriata misura dei costi. Diversi casi di prezzi predatori analizzati dalle istituzioni europee e nazionali riguardavano iniziative commerciali selettive, rivolte specificamente ai clienti di altri operatori o a

quelli più esposti alla loro pressione competitiva[1]. La possibilità di discriminare agevola l'attuazione di una strategia predatoria, posto che, attraverso la concessione di sconti selettivi, un'impresa dominante può limitare le perdite e, quindi, accrescere l'efficacia di una politica di prezzi inferiori ai costi, offrendo condizioni particolarmente vantaggiose ad alcuni acquirenti strategici, ma continuando a incamerare profitti monopolistici sulle vendite agli altri clienti[2].

Tuttavia, l'analisi degli sconti selettivi è legata soprattutto al controverso tema dell'*above-cost predation*. I potenziali effetti anticompetitivi di una politica di sconti selettivi non sono necessariamente connessi all'offerta di un prezzo finale inferiore a un'appropriata misura dei costi. L'esclusione di concorrenti meno efficienti può incidere negativamente sul benessere dei consumatori, qualora la pur tenue pressione competitiva esercitata dai rivali minori sia atta a limitare l'esercizio del potere di mercato dell'operatore egemone, dando origine a guadagni d'efficienza allocativa sufficienti a compensare le perdite d'efficienza produttiva derivanti dalla presenza di imprese inefficienti. Inoltre, una politica di prezzi aggressivi può ostacolare l'ingresso o la crescita di rivali che, in assenza della condotta contestata, sarebbero potenzialmente in grado di raggiungere i medesimi livelli d'efficienza[3]. In presenza di economie di scala o d'apprendimento, un sistema di sconti selettivi non sottocosto, applicati specificamente alla porzione contendibile della domanda o, comunque, ai clienti più esposti alla pressione concorrenziale di altri operatori, potrebbe ostacolare la permanenza sul mercato di rivali potenzialmente altrettanto efficienti o ridurre la loro capacità

[1] Cfr., in particolare, Commissione 14 dicembre 1985, caso IV/30.698, *ECS/Akzo*, G.U. L 374/1 (1985), parzialmente annullata da Corte Giust. 3 luglio 1991, causa 62/86, *Akzo/Commissione*, cit.; in ambito nazionale, cfr. Autorità 24 ottobre 2007, n. 17522 (A372), *Mercato del calcestruzzo cellulare autoclavato*, in *Bollettino*, 2007, 40, su cui cfr. le contrapposte letture di M. POLO, *Sconti selettivi o concorrenza lecita? – I paradossi del caso RDB*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2009, 141, e F.M. ESPOSITO-P. SABBATINI, *Sconti selettivi o concorrenza lecita? – I paradossi del caso RDB. Un commento critico*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2009, 163. Nella specie, l'Autorità ha ritenuto che il carattere selettivo degli sconti costituisse un indice dell'intento escludente dell'impresa egemone. Le censure mosse contro il provvedimento *in parte qua* sono state respinte da Tar Lazio, sez. I, 26 giugno 2008, n. 6213, confermata da Cons. Stato, sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4873. Cfr. anche Autorità 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.

[2] Cfr. I. SEGAL-M.D. WINSTON, *Naked Exclusion: Comment*, in *American Economic Review*, 2000, 296.

[3] Sul fenomeno dell'*above-cost predation*, cfr. *supra*, cap. I, § 8.

competitiva, impedendogli di raggiungere adeguati livelli d'efficienza[4]. Analogamente, ove lo svolgimento di una determinata attività richieda investimenti irrecuperabili e questi ultimi non siano ancora stati sostenuti dai nuovi entranti, la concessione di sconti selettivi potrebbe scoraggiare l'ingresso di imprese potenzialmente in grado di raggiungere i medesimi livelli d'efficienza, riducendo i profitti attesi e, per tale via, ostacolando il recupero dei *sunk cost*[5].

Indipendentemente dall'esclusione dei rivali, una politica di riduzione selettiva dei prezzi potrebbe produrre effetti distorsivi della concorrenza in un mercato a valle, favorendo ingiustificatamente determinati acquirenti – eventualmente collegati all'impresa dominante – a scapito di altri[6].

D'altro canto, la pratica presenta un'intrinseca valenza pro-competitiva, perché costituisce una delle principali leve concorrenziali a disposizione delle imprese per espandere la propria quota di mercato o difendersi da un'altrui offensiva commerciale. La possibilità d'offrire sconti selettivi aumenta gli incentivi delle imprese dominanti a competere attraverso la leva del prezzo, poiché riduce i costi sostenuti per attuare iniziative concorrenziali, consentendo di continuare a incamerare un maggior margine di profitto sulle vendite ai clienti con domanda meno elastica. Ciò determina un'intensificazione della

---

[4] Se riuscissero a coordinarsi, gli acquirenti potrebbero promuovere l'ingresso di altri fornitori, consentendogli di raggiungere le dimensioni minime efficienti. Tuttavia, uno sconto di modesta entità può essere sufficiente a convincere i clienti a privilegiare i prodotti dell'impresa dominante, precludendo l'ingresso e l'espansione dei rivali, in quanto, nel dubbio circa il comportamento degli altri operatori, ciascun acquirente potrebbe preferire lucrare un vantaggio finanziario attuale, piuttosto che accettare condizioni sfavorevoli e correre il rischio che nessun nuovo fornitore riesca a stabilirsi nel mercato: cfr. E.B. RASMUSEN-J.M. RAMSEYER-J.S. WILEY, *Naked Exclusion*, in *American Economic Review*, 1991, 1137.

[5] Cfr. A. MAJUMDAR-S. BISHOP-D. RIDYARD-I. WILLIAMS-U. AKGUN, *op. cit.*

[6] Gli studiosi della scuola di Chicago hanno evidenziato come, di norma, l'impresa dominante non abbia interesse a restringere la concorrenza in un mercato a valle, ma la moderna teoria dell'organizzazione industriale ha enucleato una serie di circostanze nelle quali una condotta escludente potrebbe essere razionale e determinare effetti anticompetitivi. A titolo esemplificativo, un'impresa egemone potrebbe restringere la concorrenza in un mercato a valle per proteggere la propria dominanza a monte (cfr. D.W. CARLTON-M.WALDMANN, *op. cit.*), o prevenire una dissipazione dei profitti che potrebbe ridurre la disponibilità dei clienti a pagare per aver accesso a un'infrastruttura o a un *input* essenziale, esercitando una pressione sui prezzi (cfr. O. HART-J. TIROLE, *Vertical Integration and Market Foreclosure*, in *Brookings Papers on Economic Activity (Microeconomics)*, 1990, 205). Di norma, peraltro, un'impresa dominante non verticalmente integrata ha interesse al mantenimento di un ambiente concorrenziale nel mercato a valle, per garantirsi una distribuzione efficiente dei propri prodotti, evitare fenomeni di doppia marginalizzazione e prevenire un eccessivo aumento del potere negoziale degli acquirenti (cfr. D. GERADIN-N. PETIT, *op. cit.*).

pressione competitiva esercitata dall'impresa dominante, che a sua volta induce i rivali a competere più vigorosamente.

Ad esempio, quando le preferenze degli acquirenti sono significativamente differenziate, la possibilità d'offrire sconti selettivi incentiva l'attuazione di iniziative commerciali aggressive, poiché consente di attirare i clienti che attribuiscono un minor valore al proprio prodotto, senza incidere negativamente sulle rimanenti vendite. Analogamente, in presenza di significativi costi di sostituzione, l'offerta di condizioni particolari consente di neutralizzare l'attrito generato dagli stessi, senza dover sacrificare i profitti derivanti dalle vendite alla propria clientela consolidata[7].

In mercati oligopolistici, la possibilità di concedere sconti selettivi, per loro natura meno trasparenti e onerosi di una riduzione omogenea e generalizzata dei prezzi, può intensificare la concorrenza e destabilizzare equilibri collusivi a beneficio dei consumatori. Il divieto della pratica potrebbe non soltanto disincentivare simili iniziative, irrigidendo la struttura dei prezzi e facilitando fenomeni collusivi espressi o taciti[8], ma anche agevolare lo sfruttamento del potere di mercato dell'impresa egemone, giacché l'obbligo di generalizzare gli sconti aiuta a respingere eventuali richieste di condizioni di favore nelle negoziazioni bilaterali coi singoli acquirenti[9].

Inoltre, nei mercati caratterizzati da negoziazioni decentrate, nei quali i termini contrattuali sono frutto delle trattative tra fornitore e singoli acquirenti, i clienti che sono in grado di negoziare con più operatori tendono naturalmente a ottenere condizioni migliori di quelle praticate agli acquirenti che hanno maggiori difficoltà a differenziare le fonti d'approvvigionamento, per ragioni legate a vincoli logistici e di localizzazione, alle caratteristiche della domanda o ad altri fattori[10].

Infine, l'offerta di sconti selettivi può rappresentare uno strumento per attuare politiche di discriminazione di prezzo. Un'impresa dominante può ridurre selettivamente i prezzi per modulare la propria offerta commerciale in relazione inversa all'elasticità della domanda degli acquirenti, con possibili effetti positivi sull'efficienza economica e sul benessere dei consumatori. In mercati con ingenti costi fissi, poi, la concessione di sconti selettivi potrebbe

---

[7] Sul fenomeno del *customer poaching*, cfr., tra gli altri, D. FUDENBERG-J. TIROLE, *Customer Poaching and Brand Switching*, in *RAND Journal of Economics*, 2000, 634; Y. CHEN, *Paying Customers to Switch*, in *Journal of Economics and Management Strategy*, 1997, 877.

[8] Cfr. D. GERADIN-N. PETIT, *op. cit.*

[9] Cfr. J. GUAL-M. HELLWIG-A. PERROT-M. POLO-P. REY-K. SCHMIDT-R. STENBACKA, *op. cit*.

[10] Sulla naturale tendenza alla riduzione dei prezzi nei casi di negoziazioni multilaterali, cfr. M. POLO, *Sconti selettivi o concorrenza lecita? – I paradossi del caso RDB*, cit., e ID., *Anticompetitive versus Competitive Explanations of Unilateral Practices: The Identification Problem*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2009, 457.

essere del tutto razionale e giustificata da un punto di vista commerciale, in quanto la vendita di unità aggiuntive a clienti che valutano il prodotto più del suo costo marginale consente di recuperare parte degli investimenti e, sul piano sociale, favorisce una miglior allocazione delle risorse[11].

La riduzione selettiva dei prezzi rappresenta, quindi, una classica leva concorrenziale e, in molti casi, la risposta a un'offensiva commerciale mossa dai rivali o alle peculiari dinamiche competitive del settore interessato. La questione è entro quali limiti un'iniziativa commerciale tendenzialmente pro-competitiva possa ritenersi incompatibile con la disciplina antimonopolistica quale condotta indebitamente escludente.

2. L'evoluzione della giurisprudenza statunitense

Negli Stati Uniti, dopo una lunga e controversa evoluzione, l'analisi delle politiche di prezzo delle imprese dotate di elevato potere di mercato è stata saldamente ancorata al rapporto con i costi, anche nei casi in cui le offerte abbiano carattere selettivo.

Nei primi anni del secolo scorso, il caso *Standard Oil* segnò l'ingresso dei prezzi predatori nel novero delle principali pratiche di monopolizzazione bandite dallo Sherman Act. Nella specie, la Corte Suprema condannò un gruppo di persone legate al *trust* Standard Oil – tra cui John D. Rockefeller – per aver attuato, in tre fasi comprese tra il 1870 e gli inizi del novecento, un articolato disegno di monopolizzazione del mercato petrolifero, che contemplava, *inter alia*, l'offerta di sistematici ribassi di prezzo limitati a particolari aree per estromettere i rivali attivi in ambito locale. In tale prima ricostruzione teorica, quindi, la nozione di *predatory pricing* si concretava nell'offerta di anomale riduzioni dei prezzi di carattere discriminatorio.

L'offerta di prezzi anormalmente bassi fu oggetto, altresì, di alcune iniziative legislative. Sin dagli albori del ventesimo secolo, infatti, alcune leggi statali introdussero divieti di ribassi anomali dei prezzi, che si tradussero, in talune occasioni, in vere e proprie misure protezionistiche intese a scongiurare forme di concorrenza percepite come autodistruttive e sleali dagli operatori della distribuzione commerciale[12]. Per prevenire discriminazioni di carattere predatorio assimilabili a quella condannata dalla Corte Suprema in *Standard Oil*, il Clayton Act, adottato nel 1914, introdusse un espresso divieto dei prezzi discriminatori idonei a restringere sensibilmente la concorrenza, con alcuni correttivi volti a limitare l'interferenza con le fisiologiche dinamiche

[11] Cfr. D. RIDYARD, *Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses Under Art. 82 – An Economic Analysis*, cit.; D. GERADIN-N. PETIT, *op. cit.*

[12] Per una ricostruzione storica, cfr. P. GIUDICI, *I prezzi predatori*, Giuffrè, Milano, 2000, 54-56.

competitive. Nel 1916, lo Shipping Act pose un ulteriore argine alle politiche di prezzo selettive, proibendo le pratiche predatorie attuate dalle conferenze marittime mediante lo strumento delle *fighting ships*[13].

Per lungo tempo, il trattamento della pratica ha risentito dell'assenza di criteri di analisi chiari e razionali sul piano economico, tanto nella giurisprudenza quanto nell'elaborazione dottrinaria. Sino al 1975, l'analisi della pratica verteva intorno a due principali fattori: da un lato, l'utilizzo scorretto del potere sui prezzi per pregiudicare i nuovi entranti e le imprese minori; dall'altro, la protezione dell'assetto concorrenziale del mercato, inteso in termini anzitutto strutturali[14]. Il raffronto tra prezzi e costi non costituiva un passaggio obbligato dell'analisi, che indugiava sulla ricerca di un intento escludente e sull'accertamento del potere di mercato dell'impresa interessata, in sintonia col paradigma S-C-P (struttura-condotta-performance) di matrice *harvardiana*, che ha dominato la letteratura in materia di economia industriale e l'applicazione della disciplina antimonopolistica statunitense dagli anni trenta a quelli settanta del secolo scorso. Ribassi selettivi dei prezzi attuati da grandi imprese attive in diversi Stati e idonei a pregiudicare piccoli operatori situati in ambito locale potevano considerarsi illeciti virtualmente *per se*, ove accompagnati da un intento escludente.

I limiti che affliggevano la prassi giurisprudenziale statunitense sono esemplificati dalla sentenza resa dalla Corte Suprema nel 1967 in *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.*, 386 U.S. 685 (1967), che è stata aspramente criticata nella letteratura nordamericana per l'assenza di solide basi di teoria economica e l'idoneità a proteggere le imprese minori, piuttosto che il fisiologico funzionamento delle dinamiche competitive[15], tanto da essere bollata come «*the most anticompetitive antitrust decision of the decade*»[16].

Nel 1975, Areeda e Turner hanno pubblicato un celebre articolo sui prezzi predatori, in cui proponevano l'utilizzo di un test incentrato sul CVM, assunto come linea di demarcazione tra legittima concorrenza sui meriti e illecita strategia predatoria[17]. Sebbene il test di Areeda-Turner abbia avuto

---

[13] Le *fighting ships* erano navi destinate a fronteggiare specificamente la concorrenza di altri operatori, tramite orari coincidenti con quelli dei rivali e tariffe particolarmente convenienti.

[14] Cfr. J.F. BRODLEY-G.A. HAY, *Predatory Pricing: Competing Economic Theories and the Evolution of Legal Standards*, in *Cornell Law Review*, 1981, 738.

[15] Cfr. R.H. BORK, *op. cit.*; K.G. ELZINGA-T.F. HOGARTY, Utah Pie *and the consequences of Robinson-Patman*, in *Journal of Law & Economics*, 1978, 427; A.S. EDLIN, *op. cit.*

[16] Cfr. W.S. BOWMAN, *Restraint of Trade by the Supreme Court: The* Utah Pie *Case*, in *Yale Law Journal*, 1967, 70.

[17] Cfr. P.E. AREEDA-D.F. TURNER, *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, cit.

immediato seguito nella giurisprudenza delle corti statunitensi, l'attuazione di iniziative commerciali aggressive ha continuato, per alcuni anni, a esporre le imprese egemoni al rischio d'incorrere in una responsabilità per violazione della disciplina antimonopolistica, in virtù della perdurante diffidenza manifestata da alcune corti nei confronti dei ribassi anomali di prezzo, soprattutto se accompagnati da un intento escludente[18].

Nel 1986, nei casi *Matsushita* e *Cargill*[19], la Corte Suprema ha avviato l'opera di delimitazione del raggio d'azione dell'antitrust in tema di politiche di prezzo, focalizzando l'attenzione sul rapporto con i costi e sulla possibilità di recuperare le perdite sofferte durante l'attuazione della strategia escludente. Nel 1993, nel celebre caso *Brooke Group*[20], la Corte Suprema ha definitivamente chiarito che l'illiceità della pratica si ricollega alla mancata copertura di un'appropriata misura dei costi. Consapevole degli sviluppi della teoria giuseconomica – ivi inclusa quella di matrice *game*-teoretica –, il supremo giudice statunitense ha riconosciuto che, in alcune occasioni, prezzi superiori ai costi possono pregiudicare gli interessi dei consumatori, ma ha ritenuto che non vi fossero strumenti sufficientemente affidabili per distinguere le forme di *above-cost predation* dai casi di legittima concorrenza, senza correre il rischio di disincentivare le iniziative concorrenziali delle imprese di maggiori dimensioni. Il timore di disincentivare ribassi benefici per i consumatori ha quindi indotto la Corte Suprema a creare, in un'ottica di teoria delle decisioni, un *safe harbor* per i prezzi superiori al livello dei costi.

Nella specie, la politica commerciale attuata dall'impresa dominante aveva carattere discriminatorio, giacché i maggiori ribassi erano concessi ai distributori che commercializzavano i prodotti di un determinato concorrente. La condotta poteva quindi essere considerata una forma di discriminazione

---

[18] Cfr., a titolo esemplificativo, *D & S Redi-Mix v. Sierra Redi-Mix and Contracting Co.*, 692 F.2d 1245 (9th Cir. 1982). Nel 1983, in *Transamerica Computer Co. v. IBM*, 698 F.2d 1377, 1386 (9th Cir. 1983), la Corte d'Appello per il Nono Circuito ha ritenuto che non fosse appropriato riconoscere alle imprese egemoni la possibilità di beneficiare di un'area d'immunità estesa a tutte le ipotesi di prezzi superiori al livello dei costi. Ad avviso della Corte d'Appello, una regola fondata esclusivamente sul superamento di una determinata misura dei costi avrebbe precluso la considerazione di importanti fattori d'analisi, quali l'intento dell'impresa egemone, il suo potere monopolistico, la struttura del mercato interessato e il comportamento di lungo periodo degli operatori. Pertanto, la corte ha lasciato aperta la possibilità d'intervenire persino in presenza di prezzi superiori al CTM, nei casi in cui l'attore fosse in grado di dimostrare, sulla scorta di elementi probatori chiari e convincenti, che i prezzi offerti dal monopolista erano predatori. *Id.*, 1387-1388.

[19] *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986); *Cargill v. Monfort*, 479 U.S. 104 (1986).

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

incompatibile con il Robinson-Patman Act[21]. Tuttavia, la Corte Suprema ha ritenuto di dover analizzare la pratica, ai sensi tanto del Robinson-Patman Act, quanto dell'art. 2 dello Sherman Act, sulla base del medesimo test di predatorietà, incentrato sulla dimostrazione di un livello dei prezzi inferiore ai costi e di una concreta possibilità di recupero delle perdite[22].

3. Gli sconti selettivi nella giurisprudenza e nella prassi decisionale europee

A tenore della giurisprudenza e della prassi decisionale europee, prezzi superiori al livello dei costi, come tali replicabili da un ipotetico concorrente altrettanto efficiente, possono essere incompatibili con le norme antitrust, in particolari circostanze, ove un'impresa dominante offra sconti riservati specificamente ai clienti di altri operatori o, comunque, a quelli maggiormente esposti alla concorrenza. L'offerta di sconti selettivi da parte di un'impresa dominante è stata ritenuta illecita tanto nei casi in cui la pratica rappresenta lo strumento per estromettere i rivali dal mercato, sottraendogli i principali clienti, quanto nelle ipotesi di reazione ad altrui iniziative commerciali aggressive. Il medesimo orientamento è stato seguito, in Italia, dall'Autorità e dalla giurisprudenza. Tuttavia, si tratta di un numero relativamente limitato di precedenti e, in tutti i casi esaminati dalle istituzioni europee e nazionali, il divieto dei prezzi selettivi superiori al livello dei costi appare legato, in certa misura, alle peculiari circostanze della specie[23].

3.1. L'uso offensivo degli sconti selettivi

Le autorità antitrust e giudiziarie hanno ritenuto, in più occasioni, che iniziative commerciali selettive attuate da imprese dominanti per rafforzare ulteriormente la propria posizione d'egemonia siano incompatibili con la disciplina antimonopolistica.

---

[21] Il Robinson Patman Act fu adottato nel 1936 per fronteggiare specificamente le condotte discriminatorie, proteggendo i piccoli rivenditori dalla concorrenza dei grandi distributori, che potevano far leva sul loro potere negoziale per ottenere condizioni migliori dai fornitori. Peraltro, la Corte Suprema ha tradizionalmente mostrato una scarsa propensione all'applicazione del Robinson Patman Act: cfr., di recente, *Volvo Trucks North America, Inc. v. Reeder-Simco GMC, Inc.*, 126 S. Ct. 860 (2006).

[22] *Id.*, 223.

[23] Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi del 24 maggio 2011, *Post Danmark A/S contro Konkurrencerådet*, non ancora pubblicate, § 95; R. WHISH, *Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, 741.

In *Eurofix-Bauco*, la Commissione ha condannato un'impresa produttrice di sistemi di fissaggio per aver attuato, *inter alia*, una politica di prezzi discriminatori, consistente nell'offerta di condizioni particolarmente vantaggiose ai più importanti clienti dei concorrenti[24]. Ad avviso della Commissione, il disvalore della condotta non risiedeva nel fatto che i prezzi potessero essere inferiori ai costi, bensì nel suo carattere selettivo e discriminatorio, censurato in una duplice prospettiva: da un lato, la politica commerciale mirava specificamente a pregiudicare l'attività dei concorrenti, colpendone l'avviamento; dall'altro, la strategia dell'impresa egemone era sostenibile grazie allo sfruttamento della propria clientela, su cui gravava, di fatto, l'onere rappresentato dai ribassi concessi agli altrui clienti. Il Tribunale UE ha confermato che una strategia selettiva e discriminatoria, atta a dissuadere altre imprese dall'entrare nel mercato, non rappresenta uno strumento di concorrenza legittimo per un'impresa dominante[25].

In ambito nazionale, in applicazione dell'art. 3 della l. 287/90, l'Autorità ha riservato un'analoga valutazione negativa alla politica di sconti selettivi attuata da Coca-Cola per escludere il suo principale antagonista. L'impresa egemone aveva sfruttato l'ampia discrezionalità di cui godeva nell'applicazione del proprio sistema di sconti per concedere condizioni particolarmente favorevoli ai distributori che commercializzavano anche i prodotti del rivale, onde incentivarli ad acquistare, in sostituzione, bevande Coca-Cola[26]. Analogamente, nel settore delle bevande alla spina, l'operatore dominante aveva attuato una complessiva strategia intesa a eliminare il concorrente, concedendo sconti particolari e contributi alla conversione degli impianti di erogazione ai distributori che commercializzavano i prodotti del rivale[27]. Nel sancire l'illiceità della condotta, l'Autorità e i giudici amministrativi hanno attribuito rilievo determinante all'intento escludente che animava un'azione commerciale selettiva, finalizzata specificamente a indurre la clientela del rivale a sostituire i prodotti di quest'ultimo con quelli di Coca-

---

[24] In alcuni casi, l'impresa dominante si era spinta sino a fornire gratuitamente determinati prodotti. Cfr. Commissione 22 dicembre 1987, caso IV/30.787-31.488, *Eurofix-Bauco/Hilti*, cit., §§ 80-81. Al contempo, Hilti aveva attuato una strategia intesa a penalizzare i propri clienti che avessero acquistato chiodi da produttori indipendenti mediante la riduzione degli sconti precedentemente concessi, in modo da dissuadere gli altri acquirenti dal differenziare le fonti d'approvvigionamento.

[25] Cfr. Trib. UE 12 dicembre 1991, causa T-30/89, *Hilti/Commissione*, cit., § 100. Il ricorso avverso la sentenza del Tribunale è stato rigettato da Corte Giust. 2 marzo 1994, causa C-53/92 P, *Hilti/Commissione*, cit.

[26] Autorità 7 dicembre 1999, n. 7804 (A224), *Pepsico Foods and Beverages International-IBG Sud/Coca Cola Italia*, cit., in particolare § 155.

[27] *Id.*, §§ 202 e 215.

Cola. In tale contesto, alla legittima finalità dell'espansione del proprio mercato se ne aggiungeva un'altra, che assumeva la fisionomia dell'aggressione alla posizione di mercato dell'antagonista, in violazione della speciale responsabilità che grava sulle imprese egemoni[28].

3.2. L'uso difensivo degli sconti selettivi

La riduzione selettiva dei prezzi non incorre in miglior sorte ove rappresenti la reazione alle iniziative concorrenziali di uno o più rivali. Se nella prassi europea si riconosce, in linea di principio, che la detenzione di una posizione dominante non priva l'impresa interessata del diritto di difendere i propri interessi commerciali assumendo, entro certi limiti, le iniziative ritenute appropriate[29], le istituzioni europee hanno severamente limitato, in concreto, l'esercizio di tale diritto, precisando che, per essere ammissibile, la reazione dev'essere ragionevole, equa e proporzionata alla minaccia[30].

La giurisprudenza in tema di sconti selettivi testimonia quanto siano angusti i margini d'azione delle imprese dominanti nella difesa dei propri interessi dalle altrui iniziative concorrenziali. Nel caso *CMB*, le imprese aderenti a una conferenza marittima, denominata Cewal, che congiuntamente detenevano una posizione quasi monopolistica, avevano ridotto i prezzi praticati per il nolo di alcune delle proprie navi (*fighting ships*), in deroga alle tariffe in vigore, per allinearli a quelli dell'unico armatore indipendente, che aveva intrapreso una politica commerciale aggressiva e guadagnato quote di mercato. La riduzione selettiva delle tariffe non aveva carattere predatorio ed era limitata alle navi che partivano in concomitanza o, comunque, in prossimità delle imbarcazioni rivali. La Commissione ha ritenuto che la condotta intesa a escludere l'unico rivale indipendente dal mercato costituisse un abuso della posizione dominante collettiva detenuta dai membri della conferenza marittima, indipendentemente dalla relazione tra tariffe e costi delle imprese interessate[31],

[28] Cfr. Tar Lazio, sez. I, 11 dicembre 2000, n. 11485, cit., confermata da Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2002, n. 4001, cit.

[29] Cfr., tra le altre, Trib. UE 7 ottobre 1999, causa T-228/97, *Irish Sugar/Commissione*, cit., § 112.

[30] Tali non sono state ritenute, ad esempio, l'interruzione delle forniture a un distributore che abbia preso parte alla campagna pubblicitaria e promozionale di un concorrente (cfr. Corte Giust. 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands/Commissione*, cit., §§ 189-190) e la brusca rottura delle relazioni commerciali con alcuni rivenditori che abbiano deciso d'integrare verticalmente la propria attività, entrando in diretta competizione col fornitore nella produzione di determinati beni (cfr. Commissione 29 luglio 1987, caso IV/32.279, *BBI/Boosey & Hawkes*, G.U. L 286/36 (1987), § 19).

[31] Cfr. Commissione 23 dicembre 1992, casi IV/32.448 e IV/32.450, *Cewal*, G.U. L 34/20 (1993).

censurando non soltanto il potenziale escludente, ma anche il carattere discriminatorio della pratica nei confronti dei clienti[32].

Richiamati i principî giurisprudenziali sui limiti del diritto di difendere i propri interessi commerciali, il Tribunale UE ha confermato la decisione della Commissione, enfatizzando l'intento d'estromettere l'unico concorrente presente sul mercato[33]: ad avviso del giudice europeo, il disegno anticoncorrenziale colorava d'illiceità la condotta, rendendo irragionevole e sproporzionata la reazione delle imprese collettivamente dominanti alla minaccia rappresentata dall'armatore indipendente[34]. Il significativo aumento della quota di mercato del rivale – passata dal 2 al 25% circa – rappresentava un forte indizio dell'assenza di reali ripercussioni anticoncorrenziali, ma è stato ritenuto irrilevante sulla scorta di due rilievi: da un lato, secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza europea, ove una pratica persegua il fine dell'estromissione di un rivale, la mancata realizzazione del risultato atteso non preclude la qualifica d'illiceità della condotta; dall'altro, ad avviso del Tribunale, era presumibile che, in assenza della politica di sconti, la crescita dell'operatore indipendente sarebbe stata ancor più significativa[35].

In sede d'impugnazione di fronte alla Corte di Giustizia, l'Avvocato Generale Fennelly ha sostenuto che, ove l'entità (collettivamente) dominante detenga una posizione quasi monopolistica, una politica di riduzione selettiva delle tariffe finalizzata a estromettere l'unico rivale integra un abuso indipendentemente dalla relazione tra prezzi e costi, in quanto non rappresenta una risposta ragionevole e proporzionata al mutato scenario di mercato. La Corte di Giustizia ha convenuto che l'ambito della speciale responsabilità gravante sull'operatore egemone deve essere vagliato alla luce delle circostanze di ogni singolo caso, ma non si è spinta sino a sancire, in linea generale, l'illiceità delle politiche di riduzione selettiva dei prezzi attuate da un'impresa

---

[32] *Id.*, § 83.

[33] Trib. UE 8 ottobre 1996, cause riunite T-24/93, T-25/93, T-26/93 e T-28/93, *Compagnie maritime belge transports e altri/Commissione*, in *Raccolta*, 1996, II-1201, nonché in *Diritto industriale*, 1997, 419, con nota di V. CATELLI, *Conferenze marittime e diritto antitrust*.

[34] Cfr. Trib. UE 8 ottobre 1996, cause riunite T-24/93, T-25/93, T-26/93 e T-28/93, *Compagnie maritime belge transports e altri/Commissione*, cit., §§ 147-148. In particolare, il Tribunale UE ha ritenuto che le imprese aderenti alla conferenza non potessero far valere, quale causa giustificatrice, il fatto di essersi limitate a: *a)* reagire a una violazione del monopolio legittimamente concesso alla Cewal; *b)* compensare una discriminazione ai loro danni da parte dell'organismo pubblico che soprintendeva al traffico marittimo; *c)* affrontare una guerra delle tariffe avviata dal rivale; e *d)* rispondere alle attese della clientela.

[35] *Id.*, § 149.

in posizione super-dominante[36]. La sentenza ha giustificato il divieto della condotta della Cewal richiamando le peculiarità del settore interessato, nel quale la concorrenza era già indebolita da un'esenzione per categoria – la più generosa del panorama europeo – e l'abbassamento dei prezzi rappresentava la principale, se non l'unica, leva competitiva a disposizione dei nuovi entranti per guadagnare quote di mercato. In siffatto contesto, non poteva ritenersi compatibile con le norme antitrust una strategia di riduzione selettiva dei prezzi attuata da imprese che detenevano, collettivamente, una quota di mercato superiore al 90%, per eliminare l'unico reale contrappeso concorrenziale, neutralizzando la principale leva commerciale a disposizione dei potenziali antagonisti.

Le istituzioni europee hanno manifestato un'analoga diffidenza nel caso *Irish Sugar*. L'impresa dominante nei mercati irlandesi dello zucchero per uso industriale e per la rivendita aveva offerto sconti speciali ad alcuni clienti stabiliti nelle zone di confine con l'Irlanda del Nord («sconti frontiera») per arginare il fenomeno delle importazioni a basso costo, modulando il livello degli sconti in modo da neutralizzare l'incentivo degli altri operatori a effettuare vendite transfrontaliere per trarre vantaggio dalle differenze di prezzo tra i due paesi. La Commissione ha ritenuto che la pratica fosse abusiva in quanto discriminatoria e intesa a impedire le importazioni dall'Irlanda del Nord, compartimentando i mercati nazionali ed escludendo i rivali[37]. Inoltre, gli sconti erano privi di giustificazione sul piano economico, perché legati non ai quantitativi acquistati, a risparmi di costo o alla prestazione di servizi, bensì esclusivamente alla collocazione geografica dei rivenditori. La Commissione ha disatteso la difesa incentrata sul diritto dell'impresa dominante di proteggere i propri interessi commerciali, rimarcando il fatto che, nella specie, la pratica era parte integrante di una sistematica politica di prevenzione delle importazioni, attuata da un operatore che, all'epoca dei fatti, deteneva una quota di mercato pari all'incirca al 90%[38].

---

[36] Corte Giust. 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports e altri/Commissione*, cit. Sulla sentenza della Corte di Giustizia, in senso critico, soprattutto per i riflessi negativi sulla certezza del diritto, cfr., *inter alia*, P.M. FERNANDEZ, *Increasing Powers and Increasing Uncertainty: Collective Dominance and Pricing Abuses*, in *European Competition Law Review*, 2000, 645; S. PREECE, *Compagnie Maritime Belge: Missing the Boat?*, in *European Competition Law Review*, 2000, 288.

[37] Commissione 14 maggio 1997, caso IV/34.621, 35.059/F-3, *Irish Sugar*, cit., §§ 128-129. Nella medesima decisione, la Commissione ha censurato, altresì, alcuni ulteriori sconti selettivi concessi ai potenziali clienti di un concorrente (§ 123), nonché a determinati acquirenti, in funzione dell'ammontare di zucchero destinato all'esportazione (§§ 136-144).

[38] Commissione 14 maggio 1997, caso IV/34.621, 35.059/F-3, *Irish Sugar*, cit., §§ 130-135.

Nel confermare la decisione della Commissione, il Tribunale UE ha rilevato che, se la detenzione di una posizione dominante non priva l'impresa interessata del diritto di difendersi da un'offensiva commerciale, la reazione deve «fondarsi su criteri di efficienza economica e presentare un interesse per i consumatori»[39]. Nel caso di specie, la riduzione dei prezzi non avvantaggiava tutti i clienti dell'impresa dominante, posto che la concessione degli sconti nelle zone di frontiera era finanziata mediante le vendite realizzate nel resto dell'Irlanda[40].

In ambito nazionale, la giurisprudenza e la prassi decisionale si sono occupate, in alcune occasioni, di sconti particolari volti a recuperare gli ex clienti passati ad altro operatore (*winback*) o evitare la perdita di clientela (*retention*). La giurisprudenza di merito ha opportunamente precisato che l'attività di *winback* e *retention* non può considerarsi abusiva in quanto tale, ma soltanto qualora sia caratterizzata, in concreto, da «modalità e finalità escludenti»[41]. Tuttavia, secondo l'Autorità, se è legittimo anche per un'impresa dominante tentare di recuperare la clientela attraverso promozioni di natura universale, aperte indistintamente al mercato, offerte selettive rivolte ai clienti in transizione o già passati ad altri operatori possono integrare un abuso di posizione dominante[42].

In *Fastweb/Telecom*, la Corte d'Appello di Milano ha ordinato all'*incumbent* del settore delle telecomunicazioni, in via cautelare, di astenersi dal proseguire in una serie di comportamenti volti a escludere un concorrente dal mercato dei servizi di accesso a banda larga destinati all'utenza residenziale. Tra i comportamenti contestati rientrava l'offerta selettiva di condizioni di favore per riconquistare i clienti passati a un altro operatore[43].

---

[39] Trib. UE 7 ottobre 1999, causa T-228/97, *Irish Sugar/Commissione*, cit., §§ 173-192, su cui cfr. S. BASTIANON, *I nuovi lati oscuri dell'antitrust: posizione dominante collettiva verticale e sconti selettivi*, in *Foro italiano*, 2000, IV, 54.

[40] Il Tribunale ha ritenuto, altresì, che la condotta non potesse essere giustificata dal fatto – peraltro non dimostrato – che la concorrenza esercitata dai rivali fosse per qualche verso illecita, spettando alle pubbliche autorità e non agli operatori economici garantire l'osservanza delle norme applicabili: v. Trib. UE 7 ottobre 1999, causa T-228/97, *Irish Sugar/Commissione*, cit., § 192.

[41] Corte di Appello di Milano 16 maggio 2006 (ord.), in *Foro italiano*, 2006, I, 2491, nonché in *Diritto dell'Internet*, 2006, 452, con nota di A. PALMIERI, *L'antitrust nel settore delle comunicazioni elettroniche: offerta al dettaglio dell'accesso a banda larga e terminazione all'ingrosso su rete fissa*.

[42] Autorità 24 ottobre 2007, n. 17523, A375, *Sfruttamento di informazioni commerciali privilegiate*, in *Bollettino*, 2007, 40, § 29.

[43] Inoltre, ad avviso della corte, nel quadro di una complessiva strategia escludente, l'impresa egemone aveva: (i) utilizzato le informazioni sugli ex clienti per attività mirate di *winback*, effettuate soprattutto mediante chiamate telefoniche; (ii) sfruttato i dati forniti dagli ex clienti sul

Nell'apprezzamento delle riduzioni selettive dei prezzi, il giudice di merito ha attribuito particolare rilievo allo sfruttamento di informazioni privilegiate, che l'impresa dominante possedeva nella sua qualità di *incumbent*, ma non erano a disposizione degli altri operatori. Analogamente, in *Sfruttamento di informazioni commerciali privilegiate*, l'Autorità ha stigmatizzato il fatto che l'impresa dominante sfruttasse un patrimonio informativo privilegiato, di cui disponeva nella sua qualità di *incumbent* e operatore verticalmente integrato, per ricostruire il profilo di consumo dei clienti e proporgli in maniera selettiva offerte personalizzate, in modo da massimizzare gli effetti della strategia di *winback* e *retention*[44].

3.3. L'incerta ratio *sottesa al divieto della pratica*

L'offerta di sconti mirati a determinati clienti strategici espone le imprese dominanti al rischio di una responsabilità per violazione della disciplina antimonopolistica europea. Tuttavia, è perlomeno discutibile quale sia la *ratio* del divieto degli sconti selettivi, ove il prezzo scontato non sia inferiore a un'appropriata misura dei costi. Il formante giurisprudenziale e decisionale ha enucleato alcuni fattori che contribuiscono a colorare d'illiceità la condotta dell'impresa egemone, quali l'inserimento della politica di sconti nell'alveo di un'articolata strategia escludente, perseguita mediante una serie di comportamenti di per sé abusivi, la detenzione di una posizione quasi monopolistica e lo sfruttamento di informazioni privilegiate, ma non è agevole scorgere i principî sostanziali che informano il divieto.

In diverse occasioni, le istituzioni europee hanno censurato il fatto che l'adozione di politiche selettive consentisse all'impresa egemone di attuare un'offensiva concorrenziale o reagire a un'altrui iniziativa commerciale aggressiva, senza rinunziare, al contempo, ai profitti derivanti dalle vendite alla propria *installed base*[45], con effetti non soltanto escludenti, ma anche

---

nuovo gestore in sede di recesso dai contratti in essere con richiesta di portabilità del numero; (iii) incentivato la propria rete di vendita attraverso provvigioni maggiorate e altri vantaggi, selettivamente collegati alla riconquista dei clienti passati ad altro operatore; e (iv) denigrato il concorrente. Cfr. Corte di Appello di Milano 16 maggio 2006 (ord.), cit.

[44] Cfr. Autorità 24 ottobre 2007, n. 17523 (A375), *Sfruttamento di informazioni commerciali privilegiate*, cit., in particolare § 28. Anche in questo caso, la strategia escludente era rafforzata da specifiche politiche incentivanti rivolte agli agenti e azioni denigratorie, che determinavano un incremento dei costi sostenuti dal concorrente per contrastare la perdita di clienti: *id.*, § 29. L'istruttoria è stata chiusa con una decisione d'accettazione degli impegni offerti dall'impresa dominante: cfr. Autorità 11 dicembre 2008, n. 19249 (A375), *Sfruttamento di informazioni commerciali privilegiate*, in *Bollettino*, 2008, 47.

[45] Cfr. Commissione 22 dicembre 1987, caso IV/30.787-31.488, *Eurofix-Bauco/Hilti*, cit., §§ 80-81; Trib. UE 7 ottobre 1999, causa T-228/97, *Irish Sugar/Commissione*, cit., §§ 173-192.

discriminatori[46]. L'irragionevolezza di siffatto approccio risiede nell'assumere che un'impresa dominante, aggredita commercialmente o intenzionata ad acquisire determinati clienti, debba uniformare la sua condotta commerciale ovunque, riducendo i prezzi anche là dove non è esposta a una significativa pressione concorrenziale, nonostante la modulazione dei termini dell'offerta in funzione delle condizioni competitive e dell'elasticità della domanda degli acquirenti per i propri prodotti rappresenti un comportamento del tutto razionale e fisiologico. Una simile limitazione della libertà d'azione delle imprese dominanti disincentiva l'attuazione di iniziative concorrenziali, determinando effetti perlomeno ambigui sul benessere dei consumatori[47].

Il particolare rilievo attribuito all'esistenza di un disegno escludente in diverse pronunzie delle corti e delle autorità antitrust ha indotto parte della dottrina a individuare il fondamento dell'illiceità della pratica nel fine monopolistico che ispirerebbe un'iniziativa commerciale aggressiva, rivolta specificamente alla clientela dei rivali[48]. Mentre nella prassi antitrust nordamericana in tema di *monopolization* la volontà di raggiungere o consolidare una posizione monopolistica riveste limitato rilievo analitico[49],

---

[46] Cfr. Commissione 22 dicembre 1987, caso IV/30.787-31.488, *Eurofix-Bauco/Hilti*, cit., §§ 80-81.

[47] S'ipotizzi che l'impresa dominante sia attiva in due aree geografiche: nella prima, non vi sono fonti d'approvvigionamento alternative; nella seconda, il prodotto dell'operatore egemone è esposto alla pressione concorrenziale esercitata da un potenziale entrante. L'obbligo di uniformare i prezzi si tradurrebbe in un vantaggio per i consumatori nella prima area, ma diminuirebbe, al contempo, gli incentivi dell'impresa dominante a competere nella seconda, pregiudicando i clienti situati in tale ambito, oltre a determinare una perdita in termini d'efficienza produttiva, qualora il nuovo entrante sia meno efficiente dell'impresa dominante. Cfr., sul punto, J. VICKERS, *op. cit.*

[48] 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. Nella prassi giurisprudenziale e decisionale, cfr., in particolare, Corte Giust. 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports e altri/Commissione*, cit.; Trib. UE 8 ottobre 1996, cause riunite T-24/93, T-25/93, T-26/93 e T-28/93, *Compagnie maritime belge transports e altri/Commissione*, cit.; Commissione 23 dicembre 1992, casi IV/32.448 e IV/32.450, *Cewal*, cit.; Commissione 14 maggio 1997, caso IV/34.621, 35.059/F-3, *Irish Sugar*, cit.; Tar Lazio, sez. I, 11 dicembre 2000, n. 11485, cit.; Autorità 7 dicembre 1999, n. 7804 (A224), *Pepsico Foods and Beverages International-IBG Sud/Coca Cola Italia*, cit.

[49] Cfr. T. MURIS, *The FTC and the law on monopolization*, cit., per il quale «*instead of focusing on willfulness, or the closely correspondent concept of intent, in monopolization cases courts focus on conducts*»; nello stesso senso, cfr. *United States v Microsoft Corp.*, 253 F3d 34, 58-59 (D.C. Cir. 2001) secondo cui «*in considering whether the monopolist's conduct on balance harms competition … our focus is upon the effect of that conduct, not upon the intent behind it. Evidence of the intent behind the conduct of a monopolist is relevant only to the extent it helps us understand the likely effect of the monopolist's conduct*»; *A.A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc.*, 881 F.2d 1396, 1402 (7th Cir. 1989), a tenore della quale «*price reductions*

nella giurisprudenza europea e nazionale la prova inequivocabile di un intento escludente – pur non essendo, di norma, condizione necessaria per l'accertamento di un'infrazione, considerata la natura oggettiva del concetto di abuso – è ritenuta un fattore importante nella valutazione dei comportamenti commerciali delle imprese egemoni[50], tanto che in diversi casi il Tribunale UE si è spinto sino ad affermare l'equivalenza tra oggetto ed effetto restrittivo[51].

Tuttavia, di là dalle ambiguità connesse all'accertamento dell'elemento soggettivo, in parte superabili mediante il ricorso a fattori obiettivi per decifrare la strategia dell'impresa dominante[52], l'intento è una base labile per il bando degli sconti selettivi, considerata la valenza neutra dell'obiettivo di raggiungere una posizione monopolistica. L'analisi dell'intento può aiutare a ricostruire e interpretare i fatti controversi, ma non consente, di per sé, di sceverare le condotte benefiche sul piano sociale da quelle dannose: in un'economia di mercato, ogni operatore economico può avere come legittimo obiettivo il raggiungimento di una posizione di monopolio, aspirazione che induce a innovare e rappresenta la forza motrice di molte iniziative genuinamente competitive[53]. Per altro verso, fondare l'accertamento della responsabilità antitrust sull'intento potrebbe dar origine a un elevato numero di falsi positivi e negativi: da un lato, autorità antitrust e giudiziarie potrebbero essere indotte ad attribuire rilievo determinante alle iperboli e ai toni enfatici sovente utilizzati nel linguaggio aziendale, in luogo di valutare se il comportamento

---

are carried out in pursuit of sales, at others' expense ... If courts use the vigorous, nasty pursuit of sales as evidence of a forbidden 'intent', they run the risk of penalizing the motive forces of competition»; *Olympia Equipment Leasing Co. v. Western Union Tel. Co.*, 802 F.2d 217 (7th Cir. 1986).

[50] Cfr., *ex multis*, Trib. UE 7 ottobre 1999, causa T-228/97, *Irish Sugar/Commissione*, cit.; in ambito municipale, in senso conforme, cfr. Tar Lazio, sez. I, 11 dicembre 2000, n. 11485, cit.

[51] Cfr. Trib. UE 30 gennaio 2007, causa T-340/03, *France Télécom/Commissione*, cit., § 196; 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin/Commissione*, cit., § 241; 7 ottobre 1999, causa T-228/97, *Irish Sugar/Commissione*, cit., § 170; 1 aprile 1993, causa T-65/89, *BPB Industries e British Gypsum/Commissione*, cit., §§ 93 e 165. Per una critica della censurabile tendenza a utilizzare l'intento come surrogato degli effetti, cfr. A.D. CHIRIȚĂ, *Undistorted, (Un)Fair Competition, Consumer Welfare and the Interpretation of Article 102 TFEU*, in *World Competition*, 2010, 417.

[52] Cfr. R. O'DONOGHUE-A.J. PADILLA, *op. cit.*, 250-251.

[53] In questi termini, cfr. *Verizon Communications Inc., Petitioner v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP.*, 540 U.S. 398 (2004), nonché *A.A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc.*, 881 F. 2d 1396, 1402 (7th Cir. 1989). Nella dottrina europea, in senso conforme, cfr., *inter alia*, J. TEMPLE LANG-R. O'DONOGHUE, *op. cit.*, e S. SANZA, *La concorrenza sleale*, Cedam, Padova, 1998, 421.

dell'operatore egemone sia effettivamente anticompetitivo[54]; dall'altro, imprese più avvedute e sensibili ai rischi antitrust potrebbero dissimulare le reali motivazioni delle proprie condotte[55].

Proseguendo nella ricerca di un plausibile *rationale* per la proscrizione di una forma di riduzione dei prezzi intrinsecamente pro-competitiva, si potrebbe ipotizzare che la pratica possa essere illecita ove attuata da un'impresa super-dominante, in uno scenario di mercato quasi monopolistico e caratterizzato da notevoli ostacoli all'accesso[56]. Sennonché, il concetto di super-dominanza può rilevare nell'apprezzamento dei verosimili effetti di una condotta anticompetitiva, nel presupposto che, in un mercato quasi monopolistico, qualsiasi ulteriore ostacolo all'ingresso o allo sviluppo dei rivali minacci d'incidere negativamente sul benessere dei consumatori, ma difficilmente lo stesso potrebbe fungere da criterio discretivo tra le iniziative concorrenziali e quelle indebitamente escludenti: per quanto super-dominante, un'impresa non dovrebbe essere privata della possibilità di competere con mezzi legittimi, per il solo fatto che la condotta può ledere i concorrenti.

Le difficoltà nel delineare la *ratio* sottesa al divieto della pratica hanno indotto parte della dottrina a sostenere che, nel diritto antitrust europeo, una riduzione selettiva dei prezzi di carattere non predatorio possa essere illecita soltanto allorché s'inserisca nell'alveo di una complessiva strategia escludente, attuata mediante una serie di condotte di per sé abusive[57]. Sennonché, siffatta

---

[54] Maggior rilievo probatorio ai fini dell'interpretazione dei fatti controversi potrebbero avere documenti interni che testimoniano l'esistenza di una coerente strategia di esclusione del rivale. Cfr. J. GUAL-M. HELLWIG-A. PERROT-M. POLO-P. REY-K. SCHMIDT-R. STENBACKA, *op. cit.*

[55] Cfr. A.D. CHIRIȚĂ, *op. cit.*

[56] In tale prospettiva potrebbero essere letti, segnatamente, casi come *CMB* e *Irish Sugar*. 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 maritime belge transports SA (C-395/96 P), Compagnie maritime belge SA (C-395/96 P) and Dafra-Lines A/S (C-396/96 P) v Commission of the European Communities*, cit. In ambito statale, cfr., ad esempio, Competition Commission Appeal Tribunal 15 gennaio 2002, Caso n. 1001/1/1/01, *Napp Pharm. Holdings Ltd. and Subsidiaries v. Dir. Gen. of Fair Trading*, ove la corte ha sostenuto che le sentenze rese dai giudici europei nei casi *CMB* e *Irish Sugar* dimostrano come «*even if the prices of a dominant firm remain above costs, and simply match the price of a competitor, there may still be an abuse, at least where a superdominant firm is concerned, if the reduced prices in question are made on a selective basis and have no economic rationale other than the elimination of competition*». Sul concetto di super-dominanza e sulle sue implicazioni per la definizione dei margini d'azione delle imprese nella difesa delle proprie quote di mercato, cfr., *ex multis*, B. SUFRIN-E. JONES, *EC Competition Law – Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 366-367.

[57] Cfr. J. TEMPLE LANG-R. O'DONOGHUE, *op. cit.*; R. O'DONOGHUE-A.J. PADILLA, *op. cit.*, 281-282.

lettura della giurisprudenza europea conferma, implicitamente, la sostanziale carenza di un'autonoma e nitida valenza anticompetitiva delle offerte selettive.

Nella prassi antitrust nazionale, l'illiceità dell'offerta di sconti selettivi appare ricollegarsi, in taluni casi, allo sfruttamento di informazioni privilegiate, che l'impresa egemone possiede per la sua particolare posizione di mercato, ma non sono a disposizione degli altri operatori[58]. L'utilizzo di informazioni privilegiate sui clienti può consentire di ricostruire il loro profilo di consumo e formulare offerte personalizzate, che hanno maggiori *chance* di successo. Anche in questo caso, peraltro, la *ratio* del divieto resta perlomeno dubbia: se l'utilizzo delle informazioni in possesso dell'impresa dominante è legittimo, il fatto che essa le usi per competere più efficacemente, formulando offerte personalizzate, non dovrebbe sollevare problemi di compatibilità con le regole di concorrenza; viceversa, se l'uso delle informazioni è illegittimo, perché in contrasto con la disciplina sulla tutela dei dati personali o con specifici vincoli regolamentari, l'illiceità della condotta si ricollega non tanto al carattere selettivo delle condizioni praticate, quanto allo sfruttamento di dati che l'impresa egemone non dovrebbe possedere, trattare o, comunque, utilizzare a fini concorrenziali.

Infine, è stato suggerito che, ai sensi della disciplina antimonopolistica europea, un'impresa dominante esposta a un'offensiva commerciale altrui possa pareggiare i prezzi del rivale, ma non praticare condizioni migliori (*meeting but not beating*)[59]. Una simile interpretazione sarebbe incongrua sotto diversi profili. In primo luogo, sarebbe pressoché impossibile distinguere le due ipotesi in caso di prodotti differenziati. In secondo luogo, impedire a un operatore dominante di praticare prezzi inferiori a quelli del rivale, ma superiori al livello dei propri costi, finirebbe per proteggere imprese inefficienti. Infine, una regola che consente di pareggiare l'altrui offerta, ma impedisce d'offrire condizioni migliorative, potrebbe assecondare forme di coordinamento delle condotte commerciali[60].

I tentativi di ricostruzione della dottrina non sono riusciti a chiarire la *ratio* sottesa al divieto degli sconti selettivi nella prassi europea e nazionale, che resta oscura e incerta. Sebbene il divieto della pratica sia stato episodico e, di norma, legato alle particolari circostanze del caso di specie, l'assenza di chiare linee di *policy* e l'opacità del quadro giurisprudenziale rischiano di disincentivare l'attuazione di iniziative intrinsecamente pro-competitive.

---

[58] Corte di Appello di Milano 16 maggio 2006 (ord.), cit.; Autorità 24 ottobre 2007, n. 17523, A375, *Sfruttamento di informazioni commerciali privilegiate*, in *Bollettino*, 2007, 40, § 29.

[59] Indicazioni in tal senso potrebbero trarsi da Commissione 18 luglio 1988, caso IV/30178, *Napier Brown/British Sugar*, GU L 284/41 (1988), § 31.

[60] Cfr. A. MAJUMDAR-S. BISHOP-D. RIDYARD-I. WILLIAMS-U. AKGUN, *op. cit.*, 95.

4. Il Discussion Paper e gli Orientamenti

Nel Discussion Paper e nei successivi Orientamenti, la Commissione non ha colto l'occasione per fornire alcuni chiarimenti circa il trattamento degli sconti selettivi e la *ratio* sottesa all'intervento antitrust. Nel Discussion Paper, il carattere selettivo delle condizioni praticate da un'impresa egemone è preso in considerazione, prevalentemente, quale fattore d'analisi rilevante nell'apprezzamento di autonome fattispecie potenzialmente anticompetitive, quali i prezzi predatori e gli sconti fidelizzanti[61], sull'assunto che prezzi inidonei a escludere concorrenti altrettanto efficienti integrino, di norma, una legittima forma di concorrenza basata sulle prestazioni[62]. Peraltro, in ossequio al discutibile orientamento della giurisprudenza europea, la Commissione ha individuato negli sconti selettivi una delle ipotesi in cui, in circostanze particolari, una politica di prezzi sovra-costo potrebbe violare le norme antitrust[63].

Negli Orientamenti, per converso, la Commissione 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 dominante[64], ma non ha menzionato gli sconti selettivi come autonoma fattispecie anticoncorrenziale, né ha fornito indicazioni di carattere generale sulla discriminazione, oltre quelle concernenti alcune specifiche figure d'abuso

---

[61] In particolare, la Commissione ha ritenuto che il carattere selettivo di una politica di prezzi sottocosto, finanziata attraverso i profitti derivanti dalle vendite a prezzo pieno, potrebbe essere indice di un disegno escludente, soprattutto ove gli sconti siano rivolti specificamente ai clienti di uno o più concorrenti: cfr. *DG Competition discussion paper*, cit., §§ 112, 115, 118 e 121. Inoltre, in tema di sconti fidelizzanti, la Commissione ha precisato che, quando il sistema contestato si applica selettivamente ad alcuni clienti, è necessario verificare non soltanto la quota di mercato complessivamente preclusa all'accesso di altri operatori, ma anche l'importanza degli acquirenti interessati per le possibilità d'ingresso ed espansione delle imprese rivali: *id.*, §§ 145, 162, 169.

[62] *Id.*, § 127.

[63] In particolare, sulla scorta delle circostanze fattuali del caso *CMB*, il Discussion Paper precisa che una politica di sconti selettivi potrebbe essere incompatibile con le regole di concorrenza ove risulti che: (i) un gruppo di imprese collettivamente dominanti ha attuato una strategia intesa a escludere o disciplinare un concorrente, instaurando un sistema volto a ripartire le perdite o, comunque, i costi del disegno escludente; e (ii) vi sono effetti anticompetitivi attuali o altamente probabili: cfr. *DG Competition discussion paper*, cit., § 128.

[64] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., §§ 71-72.

aventi riflessi discriminatori, quali il rifiuto di contrarre, la compressione dei margini e gli sconti condizionati[65].

Un'autonoma figura d'abuso consistente nell'offerta di sconti selettivi sovra-costo appare difficilmente conciliabile con l'impianto teorico degli Orientamenti, posto che questi ultimi si fondano sul principio generale secondo cui, di norma, una politica di prezzo è incompatibile con la disciplina antimonopolistica soltanto allorché sia idonea a escludere un ipotetico concorrente altrettanto efficiente[66]. In un passaggio degli Orientamenti, peraltro, la Commissione afferma, in termini generali, che il carattere selettivo di una condotta può costituire uno dei fattori di cui occorre tener conto nel valutare se la stessa dia luogo a una preclusione anticoncorrenziale, citando espressamente, in nota, il caso *Irish Sugar*, in tema di sconti selettivi[67]. Inoltre, gli stessi Orientamenti ammettono la possibilità di discostarsi dal parametro dell'ipotetico concorrente altrettanto efficiente in casi particolari, non escludendo, in linea di principio, che prezzi non inferiori al livello dei costi possano essere incompatibili con la disciplina antimonopolistica[68].

La scarsa attenzione riservata agli sconti selettivi sovra-costo testimonia che la pratica non costituisce una priorità nell'*enforcement* antimonopolistico europeo, ma l'assenza di indicazioni specifiche, unitamente all'ambiguità di taluni passaggi degli Orientamenti, lascia aperti gli interrogativi circa i margini d'azione delle imprese dominanti nell'attuazione di politiche commerciali aggressive rivolte specificamente a determinati clienti. I principî sanciti dalla precedente prassi giurisprudenziale e decisionale in tema di sconti selettivi appaiono espressione di un'impostazione teorica incerta e, comunque, non più attuale, ma continuano ad avere cittadinanza nella politica europea della concorrenza, in quanto gli Orientamenti rappresentano una comunicazione interpretativa che definisce le «priorità» dell'azione della Commissione nell'applicazione dell'art. 102 TFUE, ma non costituisce una ricognizione della giurisprudenza europea, né pregiudica l'interpretazione delle norme antitrust da parte della Corte di Giustizia e del Tribunale UE[69]. *A fortiori*, gli Orientamenti non precludono l'intervento dei giudici e delle autorità antitrust degli Stati membri, che non sono vincolate dalle priorità d'*enforcement* della

[65] In senso critico nei confronti di siffatta lacuna degli Orientamenti, cfr. J. TEMPLE LANG, *L'art. 82 – I problemi e la soluzione*, cit.

[66] *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 23.

[67] *Id.*, § 20, quarto alinea.

[68] *Id.*, §§ 23-24.

[69] *Id.*, §§ 2-3.

Commissione e sono tenute ad applicare le regole di concorrenza in conformità all'interpretazione delle corti europee.

5. Il caso *Velux* e la sentenza della Corte di Giustizia in *Post Danmark*

I primi segni concreti di un approccio più pragmatico e razionale sul piano economico nella valutazione delle politiche di prezzo selettive sono venuti dal caso *Velux*[70]. Durante il periodo di gestazione degli Orientamenti, la Commissione ha svolto alcune indagini circa le politiche commerciali di un'impresa produttrice di finestre per tetti e relativi accessori, accusata, *inter alia*, di aver introdotto una linea a basso costo con un nuovo marchio per escludere i concorrenti (*fighting brand*), sostenendo perdite superiori a quelle normalmente inerenti al lancio di un nuovo prodotto. All'esito delle indagini svolte, la Commissione ha ritenuto che non fossero stati riscontrati elementi di prova di una strategia predatoria. La differenziazione dei prezzi offerti ai diversi distributori sembrerebbe essere stata considerata una fisiologica risposta alle particolari condizioni concorrenziali del mercato: da un lato, infatti, l'introduzione del nuovo marchio nel segmento meno costoso costituiva una reazione naturale all'accresciuta concorrenza esercitata da *private label* e prodotti di fascia inferiore provenienti dalla Cina; dall'altro, la negoziazione individuale dei prezzi con i diversi clienti rifletteva la natura del confronto competitivo in quello specifico segmento, caratterizzato da un processo di selezione delle offerte simile alle gare[71].

Nel maggio del 2010, nel caso *Post Danmark*, la questione dei limiti posti dalla disciplina antimonopolistica alla libertà d'offrire prezzi differenziati a particolari clienti è stata sottoposta all'attenzione della Corte di Giustizia, con un rinvio pregiudiziale effettuato dallo Højesteret, la Corte di cassazione danese, che ha offerto ai giudici di Lussemburgo l'occasione per pronunziarsi nuovamente sul controverso tema degli sconti selettivi, tenendo in considerazione le indicazioni innovative fornite dagli Orientamenti in materia di trattamento delle politiche di prezzo delle imprese dominanti.

Nella specie, l'operatore postale dominante aveva offerto servizi di recapito della corrispondenza non indirizzata a prezzi scontati ad alcune catene di supermercati, che rappresentavano i principali clienti del più importante concorrente. I prezzi scontati offerti a due catene di supermercati erano superiori al CTM, mentre quelli concessi al terzo cliente erano inferiori al CTM, ma superiori al costo incrementale medio stimato dall'autorità antitrust

[70] Caso COMP/39451, *Velux*, su cui cfr. S. ALBAEK-A. CLAICI, *op. cit.*

[71] *Id.*

danese[72]. Non essendo stato accertato che l'offerta di prezzi inferiori al CTM s'inseriva nel quadro di un disegno escludente, la condotta dell'*incumbent* danese non era qualificabile come predatoria in base allo standard di valutazione delineato dalla Corte di Giustizia in *AKZO*. Lo Højesteret 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 costo incrementale medio, in assenza di un obiettivo d'esclusione di un concorrente.

Il caso sottoposto alla Corte sollevava delicate questioni interpretative legate alle peculiari caratteristiche del settore postale. In tale settore, gli *incumbent* godono, al contempo, di un vantaggio e di uno svantaggio competitivo nei confronti dei rivali: da un lato, per adempiere la missione d'interesse pubblico affidatagli, gli operatori storici hanno sviluppato una rete capillare e diffusa, che consente di coprire l'intero territorio nazionale; dall'altro, l'esigenza di garantire l'adempimento dell'obbligo di servizio universale ha generalmente costretto gli *incumbent* a mantenere in funzione un'infrastruttura postale sovradimensionata rispetto a quella che consentirebbe di minimizzare i costi unitari, generando una strutturale insaturazione della rete. In tale scenario, l'individuazione di un'appropriata misura dei costi solleva notevoli dubbi interpretativi e difficoltà applicative[73].

Tuttavia, la sentenza della Corte di Giustizia sembra prescindere dalle peculiari problematiche del settore postale, dettando criteri d'analisi validi in generale per le politiche di prezzo selettive. Aderendo all'*as-efficient test*, la Corte è partita dalla premessa che l'art. 102 TFUE non mira a garantire la permanenza sul mercato di concorrenti meno efficienti dell'impresa egemone. I giudici di Lussemburgo hanno espressamente riconosciuto, infatti, che l'esclusione dei rivali non pregiudica necessariamente il processo competitivo, in quanto «la concorrenza basata sui meriti può portare alla sparizione dal mercato o all'emarginazione dei concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori»[74].

---

[72] Il costo incrementale medio stimato in *Post Danmark* include, oltre ai costi fissi e variabili attribuibili esclusivamente al servizio interessato, la quota parte 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.

[73] Cfr. G. FAELLA, Above-cost predation*: spunti di analisi economica e comparata*, cit.

[74] Corte Giust. 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark*, cit., § 22. Sulla sentenza della Corte di Giustizia, cfr. 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*

La Corte ha quindi affermato 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»[75]. Sebbene non fosse chiamata a pronunciarsi specificamente sul punto, la Corte ha precisato che i prezzi superiori al CTM, offerti a due dei tre destinatari delle offerte scontate, non potevano ritenersi anticoncorrenziali, in tal modo introducendo, implicitamente, un *safe harbor* per i prezzi selettivi superiori alla misura dei costi più prudenziale[76]. Quindi, la Corte ha aggiunto 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 costo incrementale medio[77]. In caso di copertura della parte essenziale dei costi attribuibili al prodotto interessato, infatti, un concorrente altrettanto efficiente dovrebbe avere, in linea di principio, la possibilità di competere senza incorrere in perdite insostenibili nel lungo periodo[78].

Tuttavia, la sentenza limita la presunzione di liceità dei prezzi non predatori, nella parte in cui la Corte ritiene che una politica di prezzi selettivi non inferiori al costo incrementale medio, pur non essendo, in linea di principio, idonea a escludere concorrenti altrettanto efficienti, possa essere incompatibile con l'art. 102 TFUE ove risulti, in concreto, che essa conduce, senza giustificazione obiettiva, all'esclusione attuale o potenziale dei rivali «a danno della concorrenza e pertanto degli interessi dei consumatori»[79].

Il riferimento agli effetti della pratica 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 ai danni dei consumatori[80]. Tuttavia, l'approccio della Corte sconta le

---

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.

[75] Corte Giust. 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark*, cit., § 30.

[76] *Id.*, § 36. In tal senso, cfr. F. BIEN-M. KRAH, *op. cit.*

[77] *Id.*, § 37.

[78] *Id.*, § 38.

[79] *Id.*, § 44. Pur rimettendo al giudice del rinvio il compito di valutare l'esistenza di effetti escludenti, la Corte ha suggerito che, nella specie, questi ultimi non sembravano sussistere, posto che il rivale aveva mantenuto la propria rete distributiva e riacquisito due dei tre clienti persi per effetto delle riduzioni selettive dei prezzi dell'impresa dominante. *Id.*, § 39.

[80] *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 19.

medesime debolezze del criterio della preclusione anticoncorrenziale introdotto dagli Orientamenti. Gli effetti escludenti non rappresentano, in quanto tali, un adeguato *discrimen* tra legittime forme di concorrenza e pratiche anticompetitive, posto che le une e le altre mirano, o quantomeno possono condurre, all'esclusione dei concorrenti. L'analisi degli effetti è utile per valutare il potenziale escludente e la 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. Una legittima forma di concorrenza sui prezzi non può divenire abusiva per il solo fatto che, in concreto, l'iniziativa commerciale dell'impresa interessata ha avuto successo.

In *Post Danmark*, la Corte di Giustizia ha chiarito, altresì, che una politica di sconti selettivi potrebbe essere giustificata sul piano oggettivo da prevalenti vantaggi in termini d'efficienza, quali risparmi di costo resi possibili dall'aumento dei volumi, che si traducono in un beneficio per i consumatori[81]. Sul punto, la Corte di Giustizia ha sostanzialmente recepito l'approccio delineato dalla Commissione negli Orientamenti, subordinando la possibilità di fruire della scriminante alla dimostrazione dell'esistenza di condizioni rigorose, che riecheggiano quelle richieste per beneficiare di un'esenzione ai sensi dell'art. 101, par. 3, TFUE[82]. In particolare, a tenore della sentenza *Post Danmark*, per giustificare la propria condotta, le imprese interessate dovrebbero 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 effettiva[83].

6. La riconduzione degli sconti selettivi nel quadro generale di analisi delle politiche di prezzo predatorie

Gli sconti selettivi rappresentano una delle figure d'abuso più oscure e irrazionali del panorama antitrust europeo, come testimoniato dalle difficoltà incontrate dai tentativi di ricostruzione della *ratio* del divieto. L'assenza di solide basi economiche e giuridiche induce a interrogarsi sulla stessa

[81] Corte Giust. 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark*, cit., §§ 40-43.

[82] *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., § 30.

[83] Corte Giust. 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark*, cit., § 42.

opportunità di riconoscere un'autonoma fattispecie abusiva consistente nell'offerta di sconti selettivi sovra-costo.

Il divieto dei prezzi selettivi è stato considerato da parte della dottrina uno dei possibili strumenti d'intervento per far fronte al fenomeno dell'*above-cost predation*. In tale direzione, è stato proposto d'intervenire con lo strumentario dell'antitrust, indipendentemente dalla relazione tra prezzi e costi, nei casi di comportamenti commerciali che si spingano troppo oltre, identificati nelle azioni selettive poste in essere da imprese dotate di elevate quote di mercato[84]. L'attuazione di una strategia escludente sarebbe agevolata dalla possibilità di discriminare, offrendo condizioni particolarmente vantaggiose ad alcuni acquirenti selezionati, ma continuando a incamerare profitti monopolistici sulle vendite agli altri clienti[85]. Tuttavia, il carattere selettivo di una politica di prezzi costituisce, di per sé, una base inappropriata per l'intervento nei casi di presunta *above-cost predation*, posto che i rischi connessi a tale fenomeno sono legati non tanto alla selettività delle offerte dell'impresa dominante, quanto all'esistenza di asimmetrie che impediscono ai rivali di raggiungere, quantomeno nel breve-medio termine, adeguati livelli d'efficienza.

Gli sconti selettivi costituiscono una classica leva concorrenziale, che dovrebbe beneficiare, in linea di principio, di una forte presunzione di liceità. La possibilità di formulare offerte differenziate, abbassando i prezzi nei segmenti della domanda più elastici, aumenta gli incentivi a competere delle imprese dominanti. Posto che rivali altrettanto efficienti dovrebbero essere in grado di rispondere a offerte mirate a clienti particolari, ma non inferiori a un'appropriata misura dei costi, abbassando a loro volta i propri prezzi, gli sconti selettivi sono idonei a innescare dinamiche virtuose, che possono destabilizzare equilibri collusivi e intensificare la pressione competitiva, traducendosi in un vantaggio per i consumatori. L'intervento delle autorità antitrust e dei giudici per punire riduzioni selettive dei prezzi indipendentemente dalla relazione con i costi soffocherebbe tali dinamiche competitive, ponendosi in conflitto con le stesse finalità della disciplina antimonopolistica.

La natura predatoria degli sconti selettivi concessi da un'impresa dominante rappresenta l'unica base solida per il divieto della pratica. L'intervento antitrust dovrebbe essere condizionato alla dimostrazione del carattere predatorio degli sconti, mediante una comparazione tra il livello dei

---

[84] Cfr. W.G. SHEPERD, *Assessing «Predatory» Actions by Market Shares and Selectivity*, in *Antitrust Bulletin*, 1986, vol. 31, 1.

[85] Cfr. I. SEGAL-M.D. WINSTON, *Naked Exclusion: Comment*, in *American Economic Review*, 2000, 296.

prezzi finali e un'appropriata misura dei costi. L'offerta di sconti selettivi non dovrebbe costituire una figura di responsabilità antitrust a sé stante, bensì dovrebbe essere ricondotta nel quadro generale di analisi del *predatory pricing*, come circostanza che può facilitare l'attuazione e rafforzare gli effetti di una politica di prezzi anticompetitiva, ma non assume rilievo autonomo ai fini del giudizio d'illiceità.

Gli Orientamenti sembrano offrire una chiave interpretativa per la riconduzione degli sconti selettivi nel quadro generale di analisi dei prezzi predatori. Infatti, le scarne indicazioni fornite dagli Orientamenti, che menzionano il carattere selettivo dei prezzi soltanto quale fattore idoneo a facilitare l'attuazione di una strategia predatoria o, comunque, escludente[86], potrebbero essere lette come un indice dell'intento di analizzare la pratica alla stregua dei criteri generali in tema di prezzi predatori: in altri termini, si potrebbe ritenere che, a tenore degli Orientamenti, la selettività degli sconti non rilevi in quanto tale, bensì quale fattore che può accrescere il potenziale offensivo di una politica di prezzi di per sé anticompetitiva, poiché consente di contenere il sacrificio economico e concentrare gli sforzi sui clienti strategici.

In tale ottica, il divieto degli sconti selettivi sarebbe condizionato alla dimostrazione dei due requisiti generali richiesti dagli Orientamenti per il bando del *predatory pricing*, ossia: (i) il sacrificio di profitti di breve termine, che si presume in caso di mancata copertura del CEM, ma può ricorrere anche al di sopra di tale soglia, e (ii) la preclusione anticoncorrenziale, in linea di principio ricondotta all'esclusione di concorrenti altrettanto efficienti mercé prezzi inferiori al CIMLP[87]. L'offerta di prezzi selettivi superiori al livello dei costi potrebbe essere illecita soltanto in presenza delle circostanze eccezionali che giustificherebbero, in linea generale, il divieto dell'*above-cost predation*.

Tale lettura degli Orientamenti trova conforto in due ulteriori considerazioni. In primo luogo, nel momento in cui il sacrificio di profitti attuali è elevato a elemento costitutivo della fattispecie d'abuso per *predatory pricing*, continuare ad attribuire rilievo autonomo al carattere selettivo dei prezzi potrebbe condurre a risultati paradossali. Infatti, in caso d'esposizione a iniziative concorrenziali aggressive confinate a determinate aree o clienti, una riduzione generalizzata dei prezzi potrebbe rivelarsi non profittevole per un'impresa dominante, poiché comporterebbe una contrazione dei profitti incamerati in altri ambiti territoriali o segmenti di clientela. In tale scenario, se i prezzi praticati dai concorrenti sono superiori al CEM, ma inferiori al CIMLP, l'impresa interessata potrebbe trovarsi nella sostanziale impossibilità di

[86] Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE*, cit., §§ 20, 71-72.

[87] *Id*., §§ 63 ss.

difendere i propri interessi: una riduzione generalizzata dei prezzi la esporrebbe all'accusa di sopportare un sacrificio economico a fini predatori, mentre una politica di sconti selettivi mirati ai segmenti più elastici della domanda potrebbe essere di per sé incompatibile con la disciplina antimonopolistica. La riconduzione della figura degli sconti selettivi nel quadro generale d'analisi dei prezzi predatori consentirebbe d'evitare simili incongruenze.

In secondo luogo, gli Orientamenti ammettono la possibilità d'offrire sconti incrementali, mirati specificamente alla porzione più elastica della domanda dei singoli clienti, a condizione che i prezzi scontati non siano inferiori a un'appropriata misura dei costi[88]. Se si ammette la possibilità di discriminare sulla base del grado d'elasticità della domanda dei singoli clienti, si dovrebbe parimenti riconoscere alle imprese dominanti la facoltà di formulare offerte più competitive mirate specificamente alla porzione più elastica della complessiva domanda di mercato.

La recente sentenza *Post Danmark* potrebbe offrire ulteriore supporto alla riconduzione della figura degli sconti selettivi nel quadro generale d'analisi dei prezzi predatori. *In primis*, la sentenza appare riconoscere la liceità dei prezzi superiori al CTM, anche se applicati selettivamente[89]. Inoltre, sebbene la Corte di Giustizia sembri ritenere che una politica di sconti selettivi di carattere non predatorio possa violare le regole di concorrenza ove sia dimostrato, in concreto, che essa ha effetti escludenti[90], il giudice europeo ha 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 periodo[91]. In altri termini, la sentenza *Post Danmark* non riflette ancora una piena adesione a uno standard di predatorietà basato sul raffronto tra prezzi e costi, ma sembra suggerire che eventuali deviazioni dallo stesso debbano comunque ritenersi eccezionali. La transizione non è stata completata, ma il processo di razionalizzazione della prassi antitrust in tema di sconti selettivi è stato avviato.

La riconduzione degli sconti selettivi nel quadro generale d'analisi dei prezzi predatori costringerebbe a confrontarsi col controverso tema dell'opportunità di derogare al parametro del concorrente altrettanto efficiente per tener conto di eventuali significative asimmetrie di costo tra l'operatore egemone e i suoi rivali. In mercati caratterizzati da rilevanti economie di scala o

---

[88] *Id.*, § 42.

[89] Corte Giust. 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark*, cit., § 36.

[90] *Id.* § 39.

[91] *Id.*, § 38-39.

d'apprendimento, ovvero dalla necessità di sostenere ingenti investimenti irrecuperabili, una politica di sconti selettivi, pur non scendendo al di sotto del livello dei costi, potrebbe impedire o ostacolare l'accesso a determinati clienti da parte di rivali potenzialmente in grado di operare in modo altrettanto efficiente. Tuttavia, l'utilizzo dello strumentario dell'antitrust per inibire forme di *above-cost exclusion* potrebbe scoraggiare l'attuazione di iniziative pro-competitive e proteggere imprese inefficienti, rischiando di generare maggiori distorsioni di quante ne prevenga[92]. Misure di natura regolatoria costituirebbero strumenti più appropriati per controllare fenomeni di presunta *above-cost predation*. L'intervento antitrust dovrebbe essere confinato, casomai, a ipotesi eccezionali, caratterizzate dall'esistenza di chiare e rilevanti asimmetrie tra l'impresa egemone e i suoi rivali, non gestibili attraverso misure regolamentari, e dovrebbe avere, in ogni caso, natura esclusivamente inibitoria, in considerazione del carattere *lato sensu* regolatorio di tale intervento e dell'esigenza di preservare il fondamentale principio di certezza del diritto[93].

7. Il grado di preclusione e l'impatto concorrenziale

Perché l'intervento repressivo dell'antitrust sia giustificato, non è sufficiente che il sistema di sconti sia atto a prevenire l'accesso di uno o più concorrenti ad alcuni clienti selezionati[94]. Un reale effetto escludente potrebbe prodursi soltanto nei casi in cui la pratica precluda l'accesso a una porzione rilevante della domanda contendibile o, quantomeno, a clienti particolarmente importanti da un punto di vista strategico per l'ingresso o l'espansione dei rivali.

Il grado di preclusione dovrebbe essere valutato in relazione alle dimensioni minime che i concorrenti devono raggiungere per esercitare una significativa pressione competitiva. Qualora il sistema di sconti sia applicato in uno stadio intermedio, è necessario verificare, altresì, se i rivali possano neutralizzare l'ostacolo avvalendosi di canali commerciali alternativi, effettuando vendite dirette ai consumatori o attuando politiche d'integrazione verticale. La portata della *foreclosure* deve essere tale da determinare l'esclusione dei rivali o, comunque, indebolire la pressione concorrenziale

---

[92] Sul punto, si rinvia a quanto esposto *supra*, cap. I, § 8.

[93] Cfr. G. FAELLA, Above-cost predation*: spunti di analisi economica e comparata*, cit.

[94] L'offerta di prezzi sottocosto a uno o più clienti determinati non implica neppure necessariamente che il concorrente *target* non sia in grado di competere per gli stessi, ove i prezzi praticati, nel complesso, alla clientela contesa dall'impresa egemone consentano d'incamerare un margine di profitto. Cfr. M. POLO, *Sconti selettivi o concorrenza lecita? – I paradossi del caso RDB*, cit., e ID., *Anticompetitive versus Competitive Explanations of Unilateral Practices: The Identification Problem*, cit.

esercitata dagli stessi, cagionando un innalzamento dei loro costi in virtù del mancato raggiungimento di economie di scala o della preclusione dell'accesso ai canali distributivi più efficienti, disciplinandone il comportamento, o inducendoli a investire meno in capacità produttiva, ricerca e sviluppo e attività promozionali, per effetto della contrazione della domanda residua per i loro prodotti.

L'analisi del grado di preclusione dovrebbe essere effettuata con particolare rigore nel caso degli sconti selettivi, posto che la pratica è rivolta, per definizione, a una porzione limitata del mercato. Le autorità antitrust e gli attori in un giudizio civile dovrebbero dimostrare che i clienti *target*, pur rappresentando una parte limitata della domanda complessiva, di fatto costituiscono uno sbocco necessario per non compromettere la capacità competitiva degli antagonisti, ad esempio perché si tratta di distributori strategici, o l'accesso alla clientela consolidata dell'impresa dominante è particolarmente difficile.

L'esclusione dei rivali o, comunque, la limitazione della loro capacità di competere dovrebbe avere riflessi più estesi sul sistema concorrenziale nel suo complesso, traducendosi nel rafforzamento o nella conservazione del potere di mercato dell'impresa egemone, con conseguente aumento dei prezzi, restrizione della produzione, peggioramento della qualità, limitazione della varietà di scelta o diminuzione del tasso d'innovazione[95]. Soltanto quando l'impresa interessata detiene una posizione quasi monopolistica o, comunque, un potere di mercato particolarmente elevato, è lecito presumere che il pregiudizio arrecato a un rivale minore possa ripercuotersi negativamente sugli interessi dei consumatori, affievolendo ulteriormente la pressione concorrenziale residua.

L'accertamento di una ragionevole possibilità di *recoupment*, a seguito dell'affievolimento della pressione concorrenziale e, eventualmente, dell'innalzamento di barriere strategiche all'entrata, dovrebbe costituire parte integrante di tale stadio di valutazione, posto che il potere di praticare prezzi più elevati di quelli che sarebbero prevalsi in assenza della pratica contestata rappresenta l'obiettivo che anima il tentativo d'escludere i rivali e, soprattutto, la ragione per cui i consumatori sono lesi dal sistema di sconti. Come evidenziato *supra*[96], peraltro, il requisito del *recoupment* non dovrebbe essere inteso in senso rigoroso, quale esigenza di fornire la prova del fatto che i prezzi sovra-concorrenziali offerti dall'impresa dominante dopo l'attuazione della pratica saranno non soltanto sostenibili, ma anche di durata e misura sufficienti

[95] A titolo esemplificativo, una politica di sconti selettivi rivolta alla clientela di un'impresa che detiene una posizione di mercato del tutto marginale potrebbe non incidere in misura sostanziale sul grado di concorrenza e sul benessere dei consumatori, ove sussistano altri rivali attuali o potenziali capaci d'esercitare un'efficace pressione concorrenziale sull'operatore dominante.

[96] Cfr. *supra*, Cap. II, § 9, e Cap. III, § 9.

a compensare esattamente i costi della strategia escludente, dopo aver scontato il valore dei maggiori introiti per tener conto dei rischi e del tempo trascorso dal momento in cui sono sostenute le perdite. Se inteso in tal senso, il requisito del recupero implicherebbe valutazioni altamente speculative e potrebbe favorire un regime di virtuale legalità *per se*. In ultima istanza, ciò che rileva è la prova di una ragionevole possibilità di recupero, attraverso l'offerta di prezzi superiori a quelli che sarebbero invalsi in assenza della pratica escludente, per un periodo di tempo sufficientemente prolungato[97].

8. Gli effetti discriminatori

Anche qualora la concessione di sconti selettivi non spinga il livello dei prezzi al di sotto dei costi, l'intervento antitrust potrebbe essere giustificato, in ipotesi, dal carattere intrinsecamente discriminatorio della pratica, ma la valenza ambigua della *price discrimination* suggerisce di limitare il divieto ai casi in cui la disparità di trattamento determini significativi effetti distorsivi in un mercato a valle, tenuto conto della misura della differenza di prezzo, della durata della condotta contestata e dell'importanza dell'*input* per l'attività dei clienti. Qualora lo svantaggio competitivo non sia significativo o le imprese svantaggiate possano reagire alla strategia discriminatoria del fornitore mediante il ricorso a fonti d'approvvigionamento alternative o politiche d'integrazione verticale, senza subire una reale e significativa perdita di competitività rispetto ai rivali, l'intervento repressivo non sarebbe necessario per evitare distorsioni e salvaguardare il mantenimento di condizioni concorrenziali nel mercato a valle.

Di norma, i produttori hanno interesse al mantenimento di un settore distributivo concorrenziale, sicché è improbabile che un'impresa dominante attui deliberatamente iniziative idonee a distorcere in misura apprezzabile la concorrenza nel mercato a valle, a meno che essa intenda favorire una propria controllata o agisca per motivi non economici. Una significativa disparità di trattamento tra diversi gruppi di clienti potrebbe essere indotta dal potere negoziale degli acquirenti di maggiori dimensioni, ma in tal caso un intervento repressivo nei confronti dell'impresa dominante non sarebbe appropriato[98].

L'adozione di prezzi differenziati non dovrebbe essere considerata discriminatoria ove rifletta condizioni oggettivamente diverse. A titolo esemplificativo, l'offerta di sconti particolari potrebbe esser volta a remunerare

[97] In tale contesto, la dimostrazione dell'assenza di una spiegazione alternativa all'esclusione dei rivali, nel solco del *no-economic sense test*, potrebbe essere un importante indice dell'esistenza di una ragionevole possibilità di recupero delle perdite. Cfr. H.J. HOVENKAMP, *The Obama Administration and Section 2 of the Sherman Act*, cit.

[98] Cfr. D. GERADIN-N. PETIT, *op. cit.*

la prestazione di maggiori servizi promozionali da parte di determinati rivenditori strategici, oppure a compensare alcuni clienti particolari per i costi di sostituzione da essi sostenuti per cambiare fornitore.

9. L'allineamento alle offerte dei concorrenti e le ulteriori giustificazioni oggettive

Anche qualora una politica di sconti selettivi si traduca nell'offerta di prezzi predatori o produca significativi effetti distorsivi in un mercato a valle, i giudici e le autorità antitrust dovrebbero riconoscere all'operatore interessato la possibilità di sottrarsi agli addebiti formulati, provando l'esistenza di una giustificazione oggettiva o prevalenti guadagni d'efficienza.

A tenore della giurisprudenza e della prassi decisionale delle istituzioni nazionali ed europee, un'impresa dominante ha il diritto di difendere i propri interessi commerciali con mezzi ragionevoli e proporzionati. In diversi casi, le autorità di concorrenza e le corti hanno riconosciuto che, in linea di principio, un'impresa dominante può, a certe condizioni, legittimamente offrire a determinati clienti, che abbiano ricevuto un'offerta più conveniente da un concorrente, prezzi inferiori a quelli praticati alla generalità della propria clientela, purché si limiti a pareggiare l'offerta del rivale, senza scendere al di sotto (*meeting competition defence*)[99].

In particolare, in alcuni casi, la Commissione ha ordinato la cessazione di politiche di prezzo ritenute anticompetitive, ma ha consentito all'impresa dominante d'offrire riduzioni particolari per rispondere alle offerte formulate da operatori concorrenti[100]. Inoltre, in un recente caso, l'Autorità ha accettato, ex art. 14-*ter* della l. 287/90, una proposta di impegni che prevedeva l'obbligo di non offrire ai clienti riduzioni di prezzo superiori a determinate soglie, ma ammetteva la possibilità di praticare sconti più elevati per allinearsi alle eventuali offerte più convenienti formulate dai concorrenti, comunicando

---

[99] Cfr., ad esempio, Commissione 29 luglio 1983, caso IV/30.698, *ECS/AKZO: interim measures*, G.U. L 252/13 (1983), art. 4 del dispositivo; 22 dicembre 1987, casi IV/30.787 e 31.488, *Eurofix-Bauco/Hilti*, cit.; 24 luglio 1991, caso IV/31.043, *Tetra Pak II*, cit., § 148; 5 dicembre 1988, caso IV/31.900, *BPB Industries*, cit., § 133; 18 luglio 1988, caso IV/30.178, *Napier Brown/British Sugar*, in G.U. L 284/41 (1988), § 31; 14 maggio 1997, caso IV/34.621, 35.059/F-3, *Irish Sugar*, cit., § 134; 16 luglio 2003, caso COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*, cit., § 315.

[100] Cfr. Commissione 29 luglio 1983, caso IV/30.698, *ECS/AKZO: interim measures*, cit.; 22 dicembre 1987, casi IV/30.787 e 31.488, *Eurofix-Bauco/Hilti*, cit. La *meeting competition defence* è stata accettata anche nel caso *Digital*: cfr. M. DOLMANS-V. PICKERING, *The 1997 Digital Undertaking*, in *European Competition Law Review*, 1998, 108.

tempestivamente alla medesima Autorità le condizioni particolari concesse alla clientela in tali casi[101].

Peraltro, pur ammettendo in astratto la *meeting competition defence* quale giustificazione di una riduzione di prezzo potenzialmente abusiva, la giurisprudenza e la prassi decisionale indicano che, in concreto, siffatta scriminante può essere invocata soltanto in casi molto particolari ed entro limiti rigorosi. In particolare, secondo le limitate e talvolta incoerenti indicazioni che si possono trarre dai precedenti interventi delle istituzioni europee, le riduzioni di prezzo volte a pareggiare le offerte dei concorrenti non dovrebbero essere: (i) adottate in modo sistematico[102]; (ii) dirette a isolare ed escludere dal mercato uno o più concorrenti[103]; (iii) utilizzate allo scopo di sottrarre clienti ai rivali, potendo soltanto rappresentare una misura difensiva[104]; e (iv) volte a superare le offerte dei concorrenti, dovendosi limitare a pareggiarle[105].

Quindi, la *meeting competition defence* appare invocabile, in linea di principio, soltanto nei casi in cui, al di fuori di un disegno di sistematico allineamento, l'impresa dominante, per mantenere alcuni specifici clienti, pareggi le offerte a essi rivolte dalla concorrenza, senza spingersi al di sotto delle stesse. La difesa in questione sembra avere maggiori probabilità di successo nei casi di sconti selettivi offerti per fini di *retention*, piuttosto che nelle ipotesi di azioni di *winback* rivolte alla clientela passata a operatori concorrenti. Inoltre, le possibilità di avvalersi con successo della *meeting competition defence* sembrano minori nel caso in cui l'operatore interessato detenga una quota particolarmente elevata e la politica di prezzi selettivi possa ridurre ulteriormente o eliminare il già limitato grado di concorrenza esistente nel mercato[106].

L'applicazione della *meeting competition defence* potrebbe essere particolarmente complessa in caso di prodotti differenziati, per i quali l'equivalenza delle condizioni andrebbe valutata tenendo conto delle diverse

---

[101] Autorità 19 maggio 2010, n. 21124 (A417), *T-Link/Grandi Navi Veloci*, in *Bollettino*, 2010, 20.

[102] Cfr. Commissione 5 dicembre 1988, caso IV/31.900, *BPB Industries*, cit., § 132; 14 maggio 1997, caso IV/34.621, 35.059/F-3, *Irish Sugar*, cit., § 133; Trib. UE 30 gennaio 2007, *France Télécom/Commissione*, causa T-340/03, cit., § 179.

[103] Cfr. Commissione 23 dicembre 1992, casi IV/32.448 e IV/32.450, *Cewal*, cit., § 73; 22 dicembre 1987, caso IV/30.787-31.488, *Eurofix-Bauco/Hilti*, cit., § 80.

[104] Cfr. Corte Giust. 3 luglio 1991, causa C-62/86, *Akzo/Commissione*, cit., § 156.

[105] Cfr. Commissione 18 luglio 1988, caso IV/30178, *Napier Brown/British Sugar*, cit., § 31.

[106] Cfr. Commissione 23 dicembre 1992, casi IV/32.448 e IV/32.450, *Cewal*, cit., §§ 118-119, e 14 maggio 1997, caso IV/34.621, 35.059/F-3, *Irish Sugar*, cit., § 133, ove si sottolinea il fatto che la condotta contestata fosse stata posta in essere da imprese dotate di quote di mercato superiori al 90%.

caratteristiche e del livello qualitativo dei beni o servizi interessati. Tali difficoltà applicative hanno probabilmente inciso sulla scelta della Commissione di non menzionare, negli Orientamenti, la *meeting competition defence*, che pure era prevista come una delle possibili scriminanti nel Discussion Paper[107].

Tuttavia, gli Orientamenti consentono, entro certi limiti, di rispondere alle iniziative concorrenziali di altri operatori, giacché subordinano l'intervento antitrust nei confronti dei prezzi predatori alla prova di un sacrificio di profitti attuali. In linea di principio, il sacrificio non dovrebbe sussistere nel caso in cui, per rispondere a un'iniziativa commerciale aggressiva, l'impresa dominante offra prezzi inferiori al CIMLP, ma almeno pari al CEM, posto che le vendite aggiuntive coprirebbero i costi specifici e potrebbero contribuire alla copertura dei costi fissi affondati, riducendo le perdite causate dall'ingresso di nuovi operatori o dalle iniziative commerciali aggressive dei rivali. Di conseguenza, tali prezzi dovrebbero essere leciti indipendentemente dalla sussistenza delle stringenti condizioni richieste dalla giurisprudenza per beneficiare della *meeting competition defence*.

Oltre all'esigenza di rispondere alle iniziative concorrenziali dei rivali, potrebbero esservi diverse ulteriori giustificazioni per l'offerta di sconti selettivi. Ad esempio, una politica di prezzi selettivi potrebbe essere giustificata dall'esigenza di compensare i costi di sostituzione sostenuti da alcuni clienti per cambiare fornitore. In tali casi, l'offerta di condizioni commerciali preferenziali, anche se sottocosto, potrebbe rappresentare l'unico modo per acquisire tali clienti ed essere del tutto razionale sul piano economico, posto che il sacrificio di breve termine potrebbe essere ampiamente compensato dall'instaurazione di una relazione commerciale di più lungo periodo. L'offerta di prezzi selettivi inferiori al livello dei costi potrebbe essere giustificata, altresì, nei casi di iniziative promozionali transitorie, sostenimento di cospicui investimenti in una fase di *start-up* ed eccesso di capacità in un periodo di recessione.

Inoltre, nei mercati a più lati, caratterizzati dalla presenza di piattaforme economiche che mettono in contatto due diversi gruppi di utilizzatori, che hanno in qualche modo bisogno l'uno dell'altro, l'aumento del numero di clienti su un versante può generare un'esternalità positiva sull'altro, che si traduce in maggiori introiti per l'impresa interessata[108]. In tale contesto,

---

[107] Cfr. *DG Competition discussion paper*, cit., §§ 81-83.

[108] Ad esempio, l'incremento del numero di utenti di un *social network* o di un motore di ricerca aumenta il valore delle inserzioni pubblicitarie su tali siti per le imprese, che sono quindi disposte a pagare un prezzo più elevato per promuovere i propri prodotti. Sulle caratteristiche dei mercati a più lati e le implicazioni per l'analisi delle politiche di prezzo, cfr., *inter alia*, D.S. EVANS-R. SCHMALENSEE, *Markets with Two-Sided Platforms*, in *Issues in Competition Law and*

l'offerta di prezzi selettivi molto bassi – e finanche sottocosto – ai clienti su un lato della piattaforma potrebbe essere pienamente razionale, in quanto giustificata dai maggiori profitti incamerati sull'altro versante. Un'analisi che tenga conto dei ricavi e dei costi sui diversi versanti potrebbe escludere *ab origine* la stessa configurabilità di una strategia predatoria.

Gli Orientamenti e la giurisprudenza europea hanno aperto la strada, altresì, alla considerazione dei possibili risparmi di costo. La sentenza *Post Danmark* riconosce la possibilità che l'offerta di sconti selettivi sia giustificata dai guadagni d'efficienza generati dall'aumento dei volumi ricollegabile a determinati contratti[109]. Tuttavia, l'estensione di requisiti analoghi a quelli previsti dall'art. 101, par. 3, TFUE alle condotte unilaterali escludenti, secondo l'approccio adottato dalla Commissione negli Orientamenti e fatto proprio dalla Corte di Giustizia in *Post Danmark*, comporta la necessità di soddisfare un onere probatorio estremamente elevato. In molti casi, potrebbe essere particolarmente difficile dimostrare che la condotta contestata è indispensabile per realizzare tali efficienze, che queste ultime sono sufficienti a neutralizzare i possibili effetti negativi, destinati generalmente a materializzarsi soltanto in futuro, e che il rafforzamento della posizione di mercato dell'impresa egemone, in uno scenario competitivo già indebolito, non si traduce, di fatto, nell'eliminazione di una concorrenza effettiva. Nonostante le aperture manifestate dalle istituzioni europee, quindi, i possibili guadagni d'efficienza continueranno probabilmente a restare sullo sfondo, senza giocare un ruolo significativo nell'applicazione della disciplina antimonopolistica alle politiche di prezzo delle imprese dominanti.

Policy, 2008, 667; A. FLETCHER, *Predatory Pricing in Two-Sided Markets: A Brief Comment*, in *Competition Policy International*, 2007, 221; S. BEHRINGER-L. FILISTRUCCHI, *Price Wars in Two-Sided Markets: The Case of the UK Quality Newspapers*, NET Institute Working Paper No. 09-26, 2009, disponibile sulo sito Internet http://ssrn.com/abstract=1499866.

[109] Corte Giust. 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark*, cit., §§ 40-43.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La politica europea della concorrenza in tema d'abuso di posizione dominante versa in una fase di transizione. Gli interventi riformatori succedutisi dalla fine degli anni novanta del secolo scorso, che hanno interessato, oltre all'impianto procedurale, la disciplina delle intese restrittive e il controllo delle concentrazioni, hanno comportato una sostanziale rimodulazione degli obiettivi e dei valori cardine su cui riposa il sistema antitrust europeo. L'impostazione *multi-valued*, che per anni ha rappresentato un tratto distintivo dell'esperienza antimonopolistica autoctona, ha ceduto gradualmente il passo al riconoscimento della centralità della tutela della concorrenza, intesa come strumento di promozione di un'efficiente allocazione delle risorse e, soprattutto, del benessere dei consumatori. Sebbene la giurisprudenza e la prassi applicativa risentissero ancora della tradizionale impostazione strutturalista, incentrata sulla tutela del processo concorrenziale in quanto tale, la modernizzazione del diritto antitrust europeo ha 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 riconducibili a un ambiente concorrenziale, in termini di efficiente allocazione delle risorse e promozione degli interessi dei consumatori.

In siffatto scenario, la ricostruzione dell'art. 102 TFUE in termini di tutela dell'assetto concorrenziale del mercato, della libertà d'azione delle imprese e della correttezza nelle relazioni commerciali, sotto l'egida del pensiero ordo-liberale germanico, generava una distonia all'interno del sistema antimonopolistico. L'esigenza di rivisitare l'interpretazione dell'art. 102 TFUE alla luce degli insegnamenti della teoria economica, garantendo la necessaria coerenza con la disciplina delle intese restrittive e le norme sul controllo delle concentrazioni, ha indotto la Commissione ad avviare un processo di revisione della politica in tema d'abuso di posizione dominante, per sottoporre a vaglio critico il tradizionale approccio formalistico e delineare criteri di valutazione più sofisticati, coerenti e rigorosi sul piano economico.

Nonostante gli sforzi profusi dalla Commissione per delineare, negli Orientamenti sulle condotte unilaterali escludenti, una cornice analitica di matrice economica, il processo di modernizzazione dell'*enforcement* antimonopolistico in tema d'abuso è ancora lungo e tortuoso. Il sistema antitrust europeo appare caratterizzato da una dissonanza tra la retorica

istituzionale della Commissione, che ha ripetutamente manifestato la sua adesione al paradigma del benessere dei consumatori nel quadro di un approccio economico, e la concreta applicazione della disciplina antimonopolistica nella giurisprudenza e nella prassi decisionale, che continuano a recare i segni della tradizionale impostazione strutturalista di matrice ordo-liberale. Diversi interventi delle corti europee e della stessa Commissione hanno ridato vigore a orientamenti interpretativi che sembravano incrinati dall'evoluzione dello scenario antimonopolistico e dai rilievi della letteratura giuseconomica. Il superamento degli orientamenti interpretativi ereditati dalla pregressa elaborazione pretoria è ostacolato dall'estrema difficoltà d'individuare principî e criteri unificanti, che possano sostituire la radice ideologica ordo-liberale nell'arduo compito d'orientare l'interprete nel variegato panorama delle condotte unilaterali escludenti.

Ciò nondimeno, il processo evolutivo è stato avviato e i primi timidi passi sono stati compiuti, non soltanto dalla Commissione, ma anche, seppure in misura molto minore, dalla Corte di Giustizia. Alcuni dei criteri interpretativi introdotti dagli Orientamenti hanno cominciato a filtrare nella prassi decisionale e nella giurisprudenza. L'auspicio è, da un lato, che la Commissione abbandoni l'atteggiamento ambiguo che ha frenato, sinora, la transizione verso l'utilizzo di criteri di valutazione più coerenti con gli insegnamenti dell'analisi economica; dall'altro, che le corti europee, dopo le prime aperture, continuino a dialogare con gli Orientamenti, correggendoli e precisandoli ove appropriato, ma fornendo il loro contributo alla razionalizzazione dell'*enforcement* in tema d'abuso.

Il trattamento delle politiche di sconti delle imprese dominanti rappresenta il nodo cruciale del processo di modernizzazione dell'applicazione dell'art. 102 TFUE. L'analisi delle politiche di sconti testimonia quanto siano sfuggenti e, a volte, impalpabili i confini tra legittime iniziative concorrenziali e condotte indebitamente escludenti. Per anni, il trattamento di tali pratiche ha rappresentato il manifesto più esplicito e rappresentativo delle divergenti filosofie che informano il sistema antimonopolistico europeo e quello statunitense: nel segno della *competition on the merits*, sconti e altri incentivi di carattere fidelizzante sono stati vietati quasi *per se* in Europa, ma ritenuti iniziative pro-competitive e, quindi, presuntivamente lecite sull'altra sponda dell'Atlantico. Le istituzioni europee hanno stigmatizzato le politiche di sconti di carattere fidelizzante per la loro mera tendenza a scoraggiare la differenziazione delle fonti d'approvvigionamento e rendere più difficoltoso l'accesso dei concorrenti minori alla clientela, laddove le corti statunitensi, timorose di soffocare iniziative sostanzialmente concorrenziali, sono state tradizionalmente restie a condannare ribassi di prezzo, a meno che questi ultimi fossero predatori o avessero carattere legante.

Negli ultimi anni, l'intensificarsi del dibattito transnazionale sul concetto di condotta unilaterale escludente, l'avvio del processo di modernizzazione dell'*enforcement* dell'art. 102 TFUE e una rinnovata enfasi sull'applicazione delle norme in tema di monopolizzazione negli Stati Uniti hanno favorito un processo di convergenza nel trattamento delle politiche di sconti sui due versanti dell'Oceano. Alcune corti inferiori statunitensi hanno riconosciuto che gli effetti escludenti degli sconti fidelizzanti potrebbero essere legati non tanto al livello del prezzo finale, quanto alla struttura e al funzionamento del sistema di incentivi, assimilando tali pratiche a un'esclusiva *de facto*. Al contempo, la FTC e il DOJ hanno cominciato a testare i confini della responsabilità antitrust in tema di sconti e altri incentivi di carattere fidelizzante. Per converso, in Europa, gli Orientamenti hanno segnato un importante passo verso il superamento del tradizionale approccio d'illiceità (quasi) *per se*, introducendo specifici test di prezzo che mirano a verificare se le politiche di sconti fidelizzanti e leganti siano idonee a escludere concorrenti altrettanto efficienti. Nell'analisi delle politiche commerciali di Intel, la Commissione e la FTC si sono mosse su linee parallele, tanto da indurre parte della dottrina nordamericana a interrogarsi – non senza preoccupazione – sui primi segni di un'europeizzazione del diritto antitrust statunitense.

Tuttavia, le divergenze tra i due sistemi restano profonde. Negli Stati Uniti, si riconosce generalmente il potenziale anticompetitivo degli sconti leganti, che sono stati oggetto di numerose pronunzie delle corti federali e notevole attenzione nella letteratura, ma l'orientamento prevalente della giurisprudenza e della dottrina è ancora riluttante ad ammettere la possibilità di un intervento antitrust in caso di sconti mono-prodotto non aventi carattere predatorio. Inoltre, nei recenti casi *Weyerhaeuser* e *linkLine*, in tema di *predatory bidding* e compressione dei margini, la Corte Suprema ha dimostrato di ritenere che, in un'ottica di teoria delle decisioni, un test di predatorietà incentrato sul raffronto con un'appropriata misura dei costi rappresenti lo standard di valutazione più appropriato e affidabile per l'analisi delle politiche di prezzo, indipendentemente dalla loro concreta struttura.

Per contro, in Europa, le sentenze rese nei casi *Solvay* e *Tomra* hanno ribadito la validità dei principî sanciti dalla pregressa elaborazione giurisprudenziale, che ricollega l'illiceità degli sconti fidelizzanti alla loro mera tendenza a scoraggiare la differenziazione delle fonti d'approvvigionamento e ostacolare l'accesso alla clientela. La stessa Commissione continua a invocare, nella sua prassi decisionale, l'orientamento tradizionale, che le impone uno standard probatorio molto meno elevato. In casi particolari, inoltre, la controversa figura degli sconti selettivi consente d'intervenire per sanzionare ribassi di prezzo che non si spingono al di sotto dei costi, ma sono specificamente mirati ai clienti di altri operatori o a quelli più esposti alla concorrenza. Infine, gli Orientamenti della Commissione e la recente sentenza

TeliaSonera della Corte di Giustizia non hanno escluso, in linea di principio, la possibilità di derogare al criterio del concorrente altrettanto efficiente in particolari circostanze, riaccendendo il dibattito sull'opportunità d'intervenire con gli strumenti dell'antitrust nei casi di presunta *above-cost predation*.

Il presente lavoro analizza le politiche di sconti delle imprese dominanti focalizzando l'attenzione sulla possibilità, per un concorrente efficiente, di reagire alla strategia dell'impresa dominante con una condotta che si traduce in un beneficio per gli interessi dei consumatori. Le politiche di sconti che, pur rendendo più difficoltoso l'accesso di altri operatori al mercato, possono essere fronteggiate da concorrenti efficienti tramite un abbassamento dei prezzi, un ampliamento della gamma d'offerta o altre iniziative pro-competitive, non dovrebbero essere considerate incompatibili con la disciplina antimonopolistica, perché sono idonee a innescare dinamiche virtuose, che possono tradursi in un'intensificazione della pressione concorrenziale a beneficio dei consumatori. Per converso, l'intervento antitrust potrebbe essere giustificato allorché un'impresa egemone offra prezzi scontati inferiori a un'appropriata misura dei costi, come tali idonei a escludere un concorrente altrettanto efficiente sul piano produttivo, oppure sfrutti strategicamente una situazione d'asimmetria non ragionevolmente superabile per estromettere i rivali, attuando un sistema di incentivi strutturato in modo da offrire un prezzo effettivo non replicabile per la parte contendibile della domanda dei clienti per uno o più prodotti.

L'analisi delle politiche di sconti fidelizzanti e leganti comporta indubbiamente difficoltà applicative molto elevate, che il presente lavoro non ha omesso di ricordare. Tuttavia, l'approfondimento dell'analisi dell'idoneità escludente e degli effetti di tali pratiche è giustificato dall'impossibilità di decifrare *a priori* l'impatto concorrenziale delle stesse. Le politiche di sconti possono avere effetti anticoncorrenziali in determinate circostanze, ma rappresentano, al contempo, un'efficace leva competitiva, possono generare efficienze e, analogamente alle altre restrizioni verticali, possono costituire uno strumento per risolvere problemi di coordinamento all'interno della catena tecnico-distributiva. I limitati riscontri empirici e sperimentali disponibili non supportano regole *per se*, né in un senso, né nell'altro.

L'applicazione della disciplina antimonopolistica è sempre stata caratterizzata da un elevato margine d'apprezzamento e da un considerevole tasso di tecnicismo e complessità. La valutazione delle politiche di sconti fidelizzanti e leganti solleva problematiche e questioni non ancora pienamente esplorate nella prassi, ma il progressivo affinamento degli strumenti d'analisi, l'accumulo dell'esperienza applicativa, un'appropriata definizione dello standard probatorio e un attento uso delle presunzioni possono consentire di ridurre il rischio di falsi positivi e negativi, accrescendo al tempo stesso il livello di certezza del diritto per le imprese.

È difficile scorgere, invece, un'autonoma e nitida valenza anticompetitiva nell'offerta di sconti selettivi. Il potenziale escludente di questi ultimi non risiede nello sfruttamento di una situazione d'asimmetria attraverso un meccanismo d'incentivazione opportunamente calibrato, come nel caso delle politiche di sconti di carattere fidelizzante, ma unicamente nel rapporto tra prezzi e costi. L'offerta di prezzi più bassi, ma non predatori, ai clienti aventi una domanda più elastica, o a quelli più esposti alla pressione competitiva di altri operatori, rappresenta, per certi versi, l'essenza stessa della concorrenza. Gli sconti selettivi dovrebbero indubbiamente essere ricondotti nel quadro generale d'analisi dei prezzi predatori, come fattore che, in talune circostanze, può facilitare e accrescere l'efficacia di una politica di prezzo anticompetitiva, ma non assume rilievo autonomo ai fini del giudizio d'illiceità.

BIBLIOGRAFIA

ABBOTT A.F.-J.D. WRIGHT, *Antitrust Analysis of Tying Arrangements and Exclusive Dealing*, in K.N. HYLTON (a cura di), *Antitrust Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2010, 183.

AHLBORN C.-D. BAILEY, *Discounts and Selective Pricing by Dominant Firms: A Trans-Atlantic Comparison*, in *European Competition Journal*, 2006, 101.

AHLBORN C.-D.S. EVANS, *The* Microsoft *Judgment and its Implications for Competition Policy towards Dominant Firms in Europe*, in *Antitrust Law Journal*, 2009, 887.

AKMAN P., *'Consumer Welfare' and Article 82EC: Practice and Rhetoric*, in *World Competition*, 2009, 71.

ALBAEK S.-A. CLAICI, *The Velux case – an in-depth look at rebates and more*, in *Competition Policy Newsletter*, 2009, 44.

ALBORS-LLORENS A., *The role of Objective Justification and Efficiencies in the Application of Article 82 EC*, in *Common Market Law Review*, 2007, 1727.

ALLAN B., *Article 82: A Commentary on DG Competition's Discussion Paper,* in *Competition Policy International*, 2006, 43.

AMATO G., *Antitrust and the bounds of power: the dilemma of liberal democracy in the history of the market*, Hart Publishing, Oxford, 1997.

ANDREWS P., *Is Meeting Competition a Defense to Predatory Pricing? The Irish Sugar Decision Suggests a New Approach*, in *European Competition Law Review*, 1998, 49.

AREEDA P.E.-D.F. TURNER, *Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act*, in *Harvard Law Review*, 1975, 697.

AREEDA P.E.-H. HOVENKAMP-E. ELHAUGE, *Antitrust Law*, Aspen Law & Business, New York, 2004.

AREEDA P.E.-H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, Aspen Law & Business, New York, 2004.

AREEDA P.E.-D.F. TURNER, *Antitrust Law*, Little Brown, Boston, 1978.

AREEDA P.E.-H. HOVENKAMP, *Antitrust Law* (Supp. 2007), Aspen Law & Business, New York, 2007.

AREEDA P.E.-H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, Aspen Law & Business, New York, 2000.

AREEDA P.E.-H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, Aspen Law & Business, New York, 2002.

AREEDA P.E., *Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases*, Little, Brown, and Company, Boston, 1981.

AREEDA P.E., *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, in *Antitrust Law Journal*, 1989, 841.

ARMSTRONG M.-J. VICKERS, *Price Discrimination, Competition and Regulation*, in *Journal of Industrial Economics*, 1993, 335.

AURICCHIO V., *Discount Policies in US and EU Antitrust Enforcement Models: Protecting Competition, Competitors or Consumer Welfare?*, in *European Competition Journal*, 2007, 373.

AURICCHIO V., *Discount Policies in US and EU Antitrust Enforcement Models: Protecting Competition, Competitors or Consumer Welfare?*, in *European Competition Journal*, 2007, 373.

BAARSMA B.E., *Rewriting European Competition Law from an Economic Perspective*, in *European Competition Journal*, 2011, 559.

BAIN J.S., *Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries*, Harvard University Press, Cambridge, 1956.

BAIN J.S., *Industrial Organization*, Wiley, New York, 1959.

BAKOS Y.-E. BRYNJOLFSSON, *Bundling and Competition on the Internet*, in *Marketing Science*, 2002, 63.

BAKOS Y.-E. BRYNJOLFSSON, *Bundling Information Goods: Pricing, Profits, and Efficiency*, in *Management Science*, 1999, 1613.

BANASEVIC N.-P. HELLTRÖM, *When the Chips are Down: Some Reflections on the European Commission's Intel Decision*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2010, 301.

BARAZZA S., *Post Danmark: the CJEU calls for an effect-based assessment of pricing policies*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, 466.

BASTIANON S., *I nuovi lati oscuri dell'antitrust: posizione dominante collettiva verticale e sconti selettivi*, in *Foro italiano*, 2000, IV, 54.

BASTIANON S., *L'abuso di posizione dominante*, Giuffrè, Milano, 2001.

BATCHELOR B.-K.H. JEBELLI, *Rebates in a State of Velux: Filling in the Gaps in the Article 102 TFEU Enforcement Guidelines*, in *European Competition Law Review*, 2011, 545.

BATCHELOR B.-K.H. JEBELLI, Tomra *trouble – AG Mazák tries to soften parts of the General Court's judgment*, in *Competition Law Insight*, 2012, 3, 13.

BATCHELOR B., Tomra: *the confusion remains – The European Court of Justice repeats conflicting dicta*, in *Competition Law Insight*, 2012, 19.

BAUMOL W.-J. ORDOVER-F. WARREN-BOULTON-R. WILLIG, *Brief of* amici curiae *economics professors to U.S. Supreme Court in* Verizon v Trinko, 2003.

BAUMOL W.J.-M.F. KOEHN-D.W. ROBERT, *How Arbitrary is 'Arbitrary'? – or Toward the Deserved Demise of Full Cost Allocation*, in *Public Utilities Fortnightly*, 1987, 16.

BAUMOL W.J., *Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test*, in *Journal of Law & Economics*, 1996, 49.

BAXTER W.F.-D.P. KESSLER, *The Law and Economics of Tying Arrangements: Lessons for the Competition Policy Treatment of Intellectual Property*, in R.D. ANDERSON-N.T. GALLINI (a cura di)**,** *Competition Policy and Intellectual Property Rights in the Knowledge-Based Economy*, University of Calgary Press, Calgary, 1998, 137.

BEARD R.-G.S. FORD-L.J. SPIWAK, *Quantity-Discount Contracts as a Barrier to Entry*, Phoenix Center Policy Paper No. 20, 2004, disponibile sul sito Internet http://www.phoenix-center.org/pcpp/PCPP20Final.pdf.

BECKENKAMP M.-F.P. MAIER-RIGAUD, *An Experimental Investigation of Article 82 Rebate Schemes*, in *Competition Law Review*, 2006, 1.

BECKNER III C.F.-S.C. SALOP, *Decision Theory and Antitrust Rules*, in *Antitrust Law Journal*, 1999, 41.

BEHRINGER S.-L. FILISTRUCCHI, *Price Wars in Two-Sided Markets: The Case of the UK Quality Newspapers*, NET Institute Working Paper No. 09-26, 2009, disponibile sulo sito Internet http://ssrn.com/abstract=1499866.

BELL D.-R. LAL, *The Impact of Frequent Shopper Programs in Grocery Retailing*, Review of Marketing Science Working Paper, 2002, disponibile sul sito Internet www.bepress.com/roms/vol2/iss1/paper1.

BELLIS J.F.-T. KASTEN, *Will efficiencies play an increasingly important role in the assessment of conduct under Article 102 TFEU?*, in *Antitrust Bulletin*, 2010, 915.

BIEN F.-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.

BISHOP S.-P. MARSDEN, *Editorial – The Article 82 Discussion Paper: A Missed Opportunity*, in *European Competition Journal*, 2006, 1.

BISHOP S., *Delivering Benefits to Consumers or Per Se Illegal? Assessing the Competitive Effects of Loyalty Rebates*, in *The Pros and Cons of Price Discrimination*, Konkurrensverket - Swedish Competition Authority, 2005, 65, disponibile sul sito Internet http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/Pros&Cons/rap_pros_and_cons_pricediscrimination.pdf.

BITETTO A., *Il caso Telecom Italia: dietro lo sconto l'abuso di posizione dominante!*, in *Foro italiano*, III, 512.

BOLTON P.-J.F. BRODLEY-M.H. RIORDAN, *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*, in *Georgetown Law Journal*, 2000, 2239.

BONA J.M., *Loyalty Discounts and the FTC's Lawsuit against Intel*, in *The Journal of the Antitrust and Unfair Competition Law Section of the State Bar of California*, 2010, 6.

BORK R., *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*, in *Journal of Law & Economics*, 1966, 7.

BORK R., *The Antitrust Paradox – A policy at War with Itself*, Basic Books, Inc., New York, 1978.

BORLINI L., *Methodological Issues of the "More Economic Approach" to Unilateral Exclusionary Conduct. Proposal of Analysis Starting from the Treatment of Retroactive Rebates*, in *European Competition Journal*, 2009, 409.

BOWMAN W., JR., *Tying Arrangements and the Leverage Problem*, in *Yale Law Journal*, 1957, 19.

BOWMAN W.S., *Restraint of Trade by the Supreme Court: The* Utah Pie *Case*, in *Yale Law Journal*, 1967, 70.

BRENNAN T.J., *Bundled Rebates as Exclusion Rather Than Predation*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2008, 335.

BRENNAN T.J., *Competition as an Entry Barrier? Consumer and Total Welfare Benefits of Bundling*, AEI/Brookings, 2005.

BRENNAN T.J., *Saving Section 2: Reframing U.S. Monopolization Law*, in V. GHOSAL-J. STENNEK (a cura di), *The Political Economy of Antitrust*, Emerald Group Publishing Limited, Bingley, 2007, 417.

BRODLEY J.F.-G.A. HAY, *Predatory Pricing: Competing Economic Theories and the Evolution of Legal Standards*, in *Cornell Law Review*, 1981, 738.

BRUZZONE G.-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.

BURCHFIELD B.R., *An emerging consensus on bundled discounts under section 2 of the Sherman Act?*, in *Antitrust Bulletin*, 2009, 233.

BURNSTEIN M., *The Economics of Tie-in Sales*, in *Review of Economics and Statistics*, 1960, 68.

CABRAL L.M.B.-M.H. RIORDAN, *The Learning Curve, Predation, Antitrust, and Welfare*, in *Journal of Industrial Economics*, 1997, 155.

CALISKAN A.-D. PORTER-S. RASSENTI-V.L. SMITH-B.J. WILSON, *Exclusionary Bundling and the Effects of a Competitive Fringe*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 2007, 109.

CALZOLARI G.-V. DENICOLÒ, *Competitive quantity discounts*, CEPR Discussion Paper No. DP8144, 2011, disponibile sul sito Internet http://www2.dse.unibo.it/calzolari/web/papers/Competitive%20quantity%20discounts%20Calzolari%20Denicolo.pdf.

CARBAJO J.-D. DE MEZA-D.J. SEIDMAN, *A Strategic Motivation for Commodity Bundling*, in *Journal of Industrial Economics*, 1990, 283.

CARLTON D.W.-K. HEYER, *Appropriate Antitrust Policy Towards Single-Firm Conduct: Extraction vs. Extension*, in *Antitrust*, 2008, 50.

CARLTON D.W.-K. HEYER, *Extraction vs. Extension: The Basis for Formulating Antitrust Policy Towards Single-Firm Conduct*, in *Competition Policy International*, 2008, 285.

CARLTON D.W.-M. WALDMAN, *Safe Harbors for Quantity Discounts and Bundling*, Economic Analysis Group Discussion Paper, Antitrust Division, U.S. Dept. of Justice, 2008, disponibile sul sito Internet http://usdoj.gov./atr/public/eag/230712.htm.

CARLTON D.W.-M.WALDMANN, *The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries*, in *RAND Journal of Economics*, 2002, 194.

CARLTON D.W.-P. GREENLEE-M. WALDMAN, *Assessing the Anticompetitive Effects of Multiproduct Pricing*, in *Antitrust Bulletin*, 2008, 587.

CARLTON D.W., *A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal – Why* Aspen *and* Kodak *are Misguided*, in *Antitrust Law Journal*, 2001, 659.

CARLTON D.W., *Does Antitrust Need to Be Modernized?*, in *Journal of Economic Perspectives*, 2007, 155.

CARLTON D.W., *Should "Price Squeeze" Be a Recognized Form of Anticompetitive Conduct*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2009, 271.

CARTLIDGE H., *The European Commission's Discussion Paper on Article 82*, in *Competition Law Journal*, 2005, 253.

CATELLI V., *Conferenze marittime e diritto antitrust*, in *Diritto industriale*, 1997, 419.

CAVES K.W.-H.J. SINGER, *Bundling in the Pharmaceutical Industry: A Case Study of Pediatric Vaccines*, 2011, disponibile sul sito Internet http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1908306.

CHANG H.H.-D.S. EVANS-R. SCHMALENSEE, *Has The Consumer Harm Standard Lost Its Teeth*, in R.W. HAHN (a cura di), *High-Stakes Antitrust – The Last Hurrah?*, Brookings Institution Press, Washington, DC, 2003, 72.

CHEN Y., *Paying Customers to Switch*, in *Journal of Economics and Management Strategy*, 1997, 877.

CHIRIȚĂ A.D., *Undistorted, (Un)Fair Competition, Consumer Welfare and the Interpretation of Article 102 TFEU*, in *World Competition*, 2010, 417.

CHOI J.P.-C. STEFANIDIS, *Tying, Investment, and the Dynamic Leverage Theory*, in *RAND Journal of Economics*, 2001, 52.

CHURCH J.-R. WARE, *Industrial Organization – A Strategic Approach*, McGraw-Hill, New York, 2000.

COATE M.B.-A.M. KLEIT, *Exclusion, Collusion or Confusion? The Underpinnings of Raising Rivals' Costs*, in *Research in Law and Economics*, 1994, 73.

COLANGELO G., *Le misure escludenti come illecito antitrust nel diritto comunitario*, in *Diritto industriale*, 2010, 61.

COLANGELO G., *Posizione dominante, sconti fedeltà e sconti selettivi: il caso Coca-Cola Italia*, in *Diritto industriale*, 2001, 71.

COOPER J.C.-L. FROEB-D.P. O'BRIEN-S. TSCHANTZ, *Does Price Discrimination Intensify Competition? Implications for Antitrust*, in *Antitrust Law Journal*, 2005, 327.

COOPER T.E., *Most Favored-Customer Pricing and Tacit Collusion*, in *RAND Journal of Economics*, 1986, 377.

CRANE D.A., *Multi-Product Discounting: A Myth of Non-Price Predation*, in *University of Chicago Law Review*, 2005, 27.

CRANE D.A., *Predation Analysis and the FTC's Case Against Intel*, University of Michigan Law & Economics Empirical Legal Studies Center Paper No. 10-014, University of Michigan Public Law Working Paper No. 202, 2010, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=1617364.

CRANE D.A.-G. MIRALLES, *Toward a Unified Theory of Exclusionary Vertical Restraints*, in *Southern California Law Review*, 2011, 605.

CRANE D.A.-J. WRIGHT, *Can Bundled Discounting Increase Consumer Prices Without Excluding Rivals?*, in *Competition Policy International*, 2009, 209.

CRASWELL R.-M.R. FRATRIK, *Predatory Pricing Theory Applied: The Case of Supermarkets v Warehouse Stores*, in *Case Western Reserve Law Review*, 1985/1986, 29.

CREIGHTON S.A.-D.B. HOFFMAN-T. KRATTENMAKER-E.A. NAGATA, *Cheap Exclusion*, in *Antitrust Law Journal*, 2005, 975.

D'OSTUNI M., *Gli orientamenti della Commissione sugli abusi escludenti: nati sotto un cattivo segno?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2011, 401.

DE PASQUALE P., *Una pratica commerciale illecita anche se non prevista nel Trattato*, in *Guida al diritto*, 2007, 15, 107.

DENOZZA F., *Pratiche anticoncorrenziali e bilanciamento degli effetti tra benessere ed equità*, in *Rivista italiana degli economisti*, 2005, 1, supplemento, 49.

DENOZZA F.-A. TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell'approccio economico nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, 563.

DILLBARY J.S., *Predatory Bundling and the Exclusionary Standard*, U of Alabama Public Law Research Paper No. 1354863, 6 marzo 2009, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=1354863.

DIRECTOR A.-E. LEVI, *Law and the Future: Trade Regulation*, in *Northwestern University Law Review*, 1956, 281.

DOBSON P.W.-M. WATERSON, *Vertical Restraints and Competition Policy*, Office of Fair Trading, Research Paper 12, Londra, 1996, 16, disponibile sul sito Internet http://wrap.warwick.ac.uk/19/1/WRAP_Waterson_oft177.pdf.

DOLMANS M.-V. PICKERING, *The 1997 Digital Undertaking*, in *European Competition Law Review*, 1998, 108.

DUNCAN R.A.-B.S. MCCORMAC, *Loyalty & Fidelity Discounts & Rebates In The U.S. & EU: Will Divergence Occur Over Cost-Based Standards of Liability?*, in *Sedona Conference Journal*, 2008, 133.

DUPRAZ E., *Monsanto and the Per Se Illegal Rule for Bundled Discounts*, 2012, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=2032615 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2032615.

EASTERBROOK F.H., *The Limits of Antitrust*, in *Texas Law Review*, 1984, 1.

EASTERBROOK F.H., *When Is it Worthwhile to Use Courts to Search for Exclusionary Conduct?*, in *Columbia Business Law Review*, 2003, 345.

ECONOMIDES N.-I. LIANOS, *The Elusive Antitrust Standard on Bundling in Europe and in the United States at the Aftermath of the Microsoft Cases*, in *Antitrust Law Journal*, 2009, 483.

ECONOMIDES N., *Loyalty/requirement rebates and the Antitrust Modernization Commission: What is the appropriate liability standard?*, in *Antitrust Bulletin*, 2009, 259.

ECONOMIDES N., *Tying, Bundling and Loyalty/Requirement Rebates*, in E. ELHAUGE, *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing, New York, 2012, 121.

EDLIN A.S.-D.L. RUBINFELD, *Exclusion or Efficient Pricing: The "Big Deal" Bundling of Academic Journals*, in *Antitrust Law Journal*, 2004, 119.

EDLIN A.S., *Stopping Above Cost Predatory Pricing*, in *Yale Law Journal*, 2002, 941.

EHLERMANN C.D.-J. RATLIFF, *Mario Monti's Legacy for Competition Policy in Article 82*, in *Competition Policy International*, 2005, 79.

EHRLICH I.-R.A. POSNER, *An Economic Analysis of Rule Making*, in *Journal of Legal Studies*, 1974, 257.

EILAT A.-J. JAYARATNE-J.A. ORDOVER-G. SHAFFER, *How Loyalty Discounts Can Perversely Discourage Discounting: Comment*, in *CPI Antitrust Journal*, aprile 2010 (1).

ELHAUGE E., «*Perfectly desirable behavior may foreclose competition and destroy a competitor*», *Defining Better Monopolization Standards*, in *Stanford Law Review*, 2003, 253.

ELHAUGE E., *Antitrust Analysis of GPO Exclusionary Agreements*, Statement for DOJ/FTC Hearing on Group Purchasing Organizations, 26 settembre 2003, disponibile sul sito Internet http://ftc.gov/os/comments/healthcarecomments2/elhauge.pdf.

ELHAUGE E., *How Loyalty Discounts Can Perversely Discourage Discounting*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2009, 189.

ELHAUGE E., *Loyalty Discounts and Naked Exclusion*, 2008, disponibile sul sito Internet http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1396&context=harvard_olin.

ELHAUGE E., *The Failed Resurrection of the Single Monopoly Profit Theory*, Harvard Public Law Working Paper No. 10-16, 2010, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=1551470.

ELHAUGE E., *Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, in *Harvard Law Review*, 2009, 397.

ELHAUGE E., *Why Above-Cost Price Cuts To Drive Out Entrants Are Not Predatory – and the Implications for Defining Costs and Market Power*, in *Yale Law Journal*, 2003, 681.

ELHAUGE E.R.-A.L. WICKELGREN, *Anti-Competitive Exclusion and Market Division Through Loyalty Discounts*, University of Texas Law, Law and Economics Research Paper No. 216, 2011, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=1937658.

ELHAUGE E.R.-A.L. WICKELGREN, *Anticompetitive Market Division through Loyalty Discounts without Buyer Commitment*, Harvard Discussion Paper No. 723, 2012, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=2125428.

ELHAUGE E.R.-A.L. WICKELGREN, *Robust Exclusion through Loyalty Discounts with Buyer Commitment*, Harvard Discussion Paper No. 722, 2012, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=2125398.

ELZINGA K.G.-D.E. MILLS, *Predatory Pricing and Strategic Theory*, in *Georgetown Law Journal*, 2000, 2475.

ELZINGA K.G.-T.F. HOGARTY, Utah Pie *and the consequences of Robinson-Patman*, in *Journal of Law & Economics*, 1978, 427.

EMCH A., *Frequent Flyer Programmes under Article 82 EC – Is the Sky the Only Limit?*, in *World Competition*, 2007, 645.

ENGLERT R.T. JR., *Defending the Result in LePage's v. 3M: A Response to Other Commentators*, in *Antitrust Bulletin*, 2005, 481.

ESPOSITO F.M.-P. SABBATINI, *Sconti selettivi o concorrenza lecita? – I paradossi del caso RDB. Un commento critico*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2009, 163.

EUCKEN W., *The Competitive Order and Its Implementation (English Translation)*, in *Competition Policy International*, 2006, 219.

EVANS D.S.-A.J. PADILLA, *Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach*, in *University of Chicago Law Review*, 2005, 73.

EVANS D.S.-M. SALINGER, *The Role of Cost in Determining when Firms Offer Bundles*, in *Journal of Industrial Economics*, 2008, 143.

EVANS D.S.-M. SALINGER, *Why Do Firms Bundle and Tie? Evidence from Competitive Markets and Implications for Tying Law*, in *Yale Journal on Regulation*, 2005, 37.

EVANS D.S.-R. SCHMALENSEE, *Markets with Two-Sided Platforms*, in *Issues in Competition Law and Policy*, 2008, 667.

EVANS D.S., *Dodging the Consumer Harm Inquiry: A Brief Survey of Recent Government Antitrust Cases*, in *St. John's Law Review*, 2001, 545.

EVANS D.S., *How Economist Can Help Courts Design Competition Rules: An EU and US Perspective*, in *World Competition*, 2005, 93.

EZRACHI A.-D. GILO, *Are Excessive Prices Really Self-Correcting?*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2009, 249.

FAELLA G.-R. PARDOLESI, *Squeezing Price Squeeze under EC Antitrust Law*, in *European Competition Journal*, 2010, 255.

FAELLA G., Above-cost predation*: spunti di analisi economica e comparata*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2010, 243.

FAELLA G., *Foreclosure, Predation and Competition on the Merits: An Analysis of Bundled Discounts*, 2008, disponibile sul sito Internet http://papers.ssrn.com/abstract=1324607.

FAELLA G., *La disciplina sulla distribuzione degli autoveicoli e il nuovo corso della politica comunitaria della concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2005, 273.

FAELLA G., *Sconti fidelizzanti e illecito antitrust*, in *Foro italiano*, 2008, IV, 125.

FAELLA G., *The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2008, 375.

FARRELL J.-M. KATZ, *The Economics of Welfare Standards in Antitrust*, in *Competition Policy International*, 2006, 1.

FATTORI P.-M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2009.

FAULL J.-A. NIKPAY, *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

FEDERICO G., *SAA II: Abuse of Dominance in the South African Skies*, 2012, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=2119495.

FEDERICO G., *The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts in Europe: Towards a More Economic Approach*, in *Journal of European Competition Law and Practice*, 2011, 277.

FEDERICO G., *Tomra v Commission of the European Communities: reversing progress on rebates?*, in *European Competition Law Review*, 2011, 139.

FEDERICO G., *When are Rebates Exclusionary*, in *European Competition Law Review*, 2005, 477.

FERNANDEZ P.M., *Increasing Powers and Increasing Uncertainty: Collective Dominance and Pricing Abuses*, in *European Competition Law Review*, 2000, 645.

FINELL L., *The Article 82 Reform: Increasing the Incentives to Comply?*, in *World Competition*, 2009, 283.

FINNEGAN J., *Commission sets out its policy on commissions paid by airlines to travel agents*, in *Competition Policy Newsletter*, 1999, 3, 23.

FLETCHER A., *Loyalty Rebates Schemes: towards an effects-based approach?*, Seconda conferenza della Association of Competition Economics, Siena, 2-3 dicembre 2004.

FLETCHER A., *The reform of Article 82: recommendations on key policy objectives*, discorso tenuto al Competition Law Forum, Bruxelles, 15 marzo 2005, disponibile sul sito Internet http://www.oft.gov.uk/shared_oft/speeches/spe0205.pdf.

FLETCHER A., *Predatory Pricing in Two-Sided Markets: A Brief Comment*, in *Competition Policy International*, 2007, 221.

FLORES D., *Exclusive Dealing Intensifies Competition for Distribution: Comment*, 2010, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=1542695.

FONG Y.-Q. LIU, *Loyalty Rewards Facilitate Collusion*, in *Journal of Economics & Management Strategy*, 2011, 739.

FORRESTER I.S., *Competition Law Implementation at Present*, in C.D. EHLERMANN-L.L. LAUDATI (a cura di), *The European Competition Law Annual 1997: The Objectives of Competition Policy*, Hart Publishing, Oxford, 1998, 359.

FOX E.M., *What is harm to competition? Exclusionary practices and anti-competitive effect*, in *Antitrust Law Journal*, 2002, 371.

FRECH III H.E., *Some Thoughts on Bundled Rebates and Exclusionary Policies*, in *Global Competition Policy*, giugno 2008.

FRIGNANI A., *L'abuso di posizione dominante*, in A. FRIGNANI-R. PARDOLESI (a cura di), *La concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2006, 177.

FUDENBERG D.-J. TIROLE, *Customer Poaching and Brand Switching*, in *RAND Journal of Economics*, 2000, 634.

GARCÉS-TOLÓN E., *The Impact of Behavioral Economics on Consumer and Competition Policies*, in *Competition Policy International*, 2010, 145.

GATES S.P., *Antitrust and Rebates: A Study in Analogies*, 2009, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=1495342.

GAVIL A.I., *Exclusionary Distribution Strategies By Dominant Firms: Striking a Better Balance*, in *Antitrust Law Journal*, 2004, 3.

GERADIN D.-C. AHLBORN-V. DENICOLÒ-A.J. PADILLA, *DG Comp's Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries*, 2006, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=894466.

GERADIN D.-N. PETIT, *Price Discrimination under EC Competition Law: Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles?*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2006, 479.

GERADIN D., *A Proposed Test for Separating Pro-Competitive Conditional Rebates from Anti-Competitive Ones*, in *World Competition*, 2009, 41.

GERADIN D., *The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel Case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2010, 112.

GERBER D., *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford University Press, New York, 2001.

GERBER D., *The Transformation of European Community Competition Law*, in *Harvard International Law Journal*, 1994, 97.

GERBER D.J., *Convergence in the Treatment of Dominant Firm Conduct: The United States, the European Union, and the Institutional Embeddedness of Economics*, in *Antitrust Law Journal*, 2010, 951.

GHIDINI G.-E. AREZZO, *L'assalto fallito? – Riflessioni sulla proposta rivisitazione in chiave "più economica" dell'abuso di dominanza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2010, 115.

GIANNACCARI A., *Volo Alitalia per l'economia di mercato. Turbolenze con le agenzie di viaggio*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2003, 85.

GIORDANO M., *Abuso di posizione dominante e parallelismo oligopolistico: la Corte di giustizia tenta la quadratura del cerchio?*, in *Foro italiano*, 2001, IV, 258.

GIUDICI P., *I prezzi predatori*, Giuffrè, Milano, 2000.

GREENLEE P.-D. REITMAN-D.S. SIBLEY, *An Antitrust Analysis of Bundled Loyalty Discounts*, in *International Journal of Industrial Organization*, 2008, 1132.

GREENLEE P.-D. REITMAN-D.S. SIBLEY, *Comment on Muris and Smith, "Antitrust and Bundled Discounts: An Experimental Analysis"*, in *Antitrust Law Journal*, 2011, 669.

GREENLEE P.-D. REITMAN, *Competing with Loyalty Discounts*, U.S. Department of Justice EAG Discussion Paper 04-2, 2005, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=502303.

GREENLEE P.-D. REITMAN, *Distinguishing competitive and exclusionary uses of loyalty discounts*, in *Antitrust Bulletin*, 2005, 441.

GREER D.F., *A Critique of Areeda and Turner's Standard for Predatory Practices*, in *Antitrust Bulletin*, 1979, 233.

GUAL J.-M. HELLWIG-A. PERROT-M. POLO-P. REY-K. SCHMIDT-R. STENBACKA, *An Economic Approach to Article 82*, relazione presentata alla Commissione europea, luglio 2005, disponibile sul sito Internet http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf, nonché in *Competition Policy International*, 2006, 111.

GYSELEN L., *Abuse of Monopoly Power*, in *Fordham Corporate Law Institute*, 1989, 615.

GYSELEN L., *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?*, in C.D. EHLERMANN-I. ATANASIU (a cura di), *European Competition Law Annual 2003: What is an abuse of a dominant position?*, Hart Publishing, Oxford, 2006, 287.

HART O.-J. TIROLE, *Vertical Integration and Market Foreclosure*, in *Brookings Papers on Economic Activity (Microeconomics)*, 1990, 205.

HAWK B., *Antitrust in the EEC – The first decade*, in *Fordham Corporate Law Institute*, 1972, 229.

HAY G.A., *A Confused Lawyer's Guide to the Predatory Princing Literature*, in *Journal of Reprints For Antitrust Law and Economics*, 1988, 155.

HEIDE J.B.-S. DUTTA-M. BERGEN, *Exclusive Dealing and Business Efficiency: Evidence from Industry Practice*, in *Journal of Law & Economics*, 1998, 387.

HEIMLER A., *Below Cost Pricing and Loyalty-Inducing Discounts: Are They Restrictive and, If So, When?*, in *Competition Policy International*, 2005, 149.

HEWITT G., *Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates – Background Note*, in *Journal of Competition Law and Policy*, 2003, 244.

HEYER K., *Welfare Standards and Merger Analysis: Why Not the Best*, in *Competition Policy International*, 2006, 29.

HILDEBRAND D., *The European School in EC Competition Law*, in *World Competition Law & Economics Review*, 2002, 3.

HILPER J.H., *A Bundle of Trouble: An Analysis of How the Lower Courts Have Handled Bundled Discounts Since* LePage's Inc. v. 3M, in *Missouri Law Review*, 2008, 203.

HOUCK S.D., *Injury to Competition/Consumers in High Tech Cases*, in *St. John's Law Review*, 2001, 593.

HOVENKAMP E.-H. HOVENKAMP, *Tying Arrangements and Antitrust Harm*, in *Arizona Law Review*, 2010, 925.

HOVENKAMP E.-H. HOVENKAMP, *Tying Arrangements*, 2012, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=1999063.

HOVENKAMP H.-E. HOVENKAMP, *Complex Bundled Discounts and Antitrust Policy*, in *Buffalo Law Review*, 2009, 1227.

HOVENKAMP H.-E. HOVENKAMP, *Exclusionary Bundled Discounts and the Antitrust Modernization Commission*, in *Antitrust Bulletin*, 2008, 517.

HOVENKAMP H., *Antitrust and the Close Look: Transaction Cost Economics in Competition Policy*, 2010, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=1661993.

HOVENKAMP H., *Antitrust and the Costs of Movement*, in *Antitrust Law Journal*, 2012, 67.

HOVENKAMP H., *Antitrust and the Dominant Firm: Where Do We Stand?*, 2007, disponibile sul sito Internet http://www.ftc.gov/os/comments/section2hearings/hovenkamppaper.pdf.

HOVENKAMP H., *Discounts and Exclusion*, in *Utah Law Review*, 2006, 857.

HOVENKAMP H., *Exclusion and the Sherman Act*, in *University of Chicago Law Review*, 2005, 147.

HOVENKAMP H., *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, West Group, St. Paul, 2005.

HOVENKAMP H., *Harvard, Chicago, and Transaction Cost Economics in Antitrust Analysis*, in *Antitrust Bulletin*, 2010, 613.

HOVENKAMP H., *Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique*, in *Columbia Business Law Review*, 2001, 257.

HOVENKAMP H., *Signposts of Anticompetitive Exclusion: Restraints on Innovation and Economies of Scale*, in B.E. HAWK (a cura di), *2006 Fordham Competition Law Institute*, Juris Publishing, Huntington, 2007, 409.

HOVENKAMP H., *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Harvard University Press, Cambridge, 2006.

HOVENKAMP H., *The FTC's Anticompetitive Pricing Case Against Intel*, in *Competition Policy International*, febbraio 2010 (2).

HOVENKAMP H.J., *The Obama Administration and Section 2 of the Sherman Act*, in *Boston University Law Review*, 2010, 1611.

HYLTON K.H.-M. SALINGER, *Tying Law and Policy: A Decision-Theoretic Approach*, in *Antitrust Law Journal*, 2001, 469.

HYLTON K.N., *Intel and the Death of U.S. Antitrust Law*, in *Competition Policy International*, febbraio 2010 (2).

INDERST R.-G. SHAFFER, *Market Power, Price Discrimination, and Allocative Efficiency in Intermediate-Goods Markets*, in *RAND Journal of Economics*, 2009, 658.

JACOBS M.S., *An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics*, in *North Carolina law Review*, 1995, 219.

JACOBSON J.M.-S.A. SHER, *"No Economic Sense" Makes No Sense for Exclusive Dealing*, in *Antitrust Law Journal*, 2006, 779.

JACOBSON J.M., *Exclusive Dealing, Foreclosure, and Consumer Harm*, in *Antitrust Law Journal*, 2002, 311.

JACOBSON J.M., *Exploring the Antitrust Modernization's Proposed Test for Bundled Pricing*, in *Antitrust*, 2007, 23.

JEBSEN P.-R. STEVENS, *Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The Regulation of Competition Under Article 86 of the European Union*, in *Antitrust Law Journal*, 1996, 443.

JOFFE R.D., *Antitrust Law and Proof of Consumer Injury*, in *St. John's Law Review*, 2001, 615.

JUNOD V., *An End to Parallel Imports of Medicines? Comments on the Judgment of the Court of First Instance in* GlaxoWellcome, in *World Competition*, 2007, 291.

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

KAMANN H.G.- E. BERGMANN, *The Granting of Rebates by Market Dominant Undertakings under Article 82 of the EC Treaty*, in *European Competition Law Review*, 2005, 83.

KAYSEN C.-D.F. TURNER, *Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis*, Harvard University Press, Cambridge, 1959.

KELLERBAUER M., *The Commission's New Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC to Dominant Companies' Exclusionary Conduct: A Shift towards a More Economic Approach?*, in *European Competition Law Review*, 2010, 175.

KELLY C.-L. LERNBORG, *The Intel saga – What it means for competition policy*, in *Competition Law Insight*, 2010, 10, 5.

KERBER W., *Should Competition Law Promote Efficiency? – Some Reflections of an Economist on the Normative Foundations of Competition Law*, in J. DREXL-L. IDOT-J. MONEGER (a cura di), *Economic Theory and Competition Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008, 93.

KIM B.D.-M. SHI-K. SRINIVASAN, *Reward Programs and Tacit Collusion*, in *Marketing Science*, 2001, 99.

KIRKWOOD J.B.-R.H. LANDE, *The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency*, in *Notre Dame Law Review*, 2008, 191.

KJØLBYE L., *Rebates under Article 82 EC: Navigating Uncertain Waters*, in *European Competition Law Review*, 2010, 66.

KLEIN B.-A.V. LERNER, *The Expanded Economics of Free-Riding: How Exclusive Dealing Prevents Free-Riding and Creates Undivided Loyalty*, in *Antitrust Law Journal*, 2007, 473.

KLEIN B.-A.V. LERNER, *The law and economics of bundled pricing:* LePage's, PeaceHealth, *and the evolving antitrust standard*, in *Antitrust Bulletin*, 2008, 555.

KLEIN B.-J.S. WILEY, JR., *Competitive Price Discrimination as an Antitrust Justification for Intellectual Property Refusals to Deal*, in *Antitrust Law Journal*, 2003, 599.

KLEIN B.-K.M. MURPHY, *Exclusive Dealing Intensifies Competition for Distribution*, in *Antitrust Law Journal*, 2008, 433.

KLEIN B.-K.M. MURPHY, *How Exclusivity is Used to Intensify Competition for Distribution – Reply to Zenger*, in *Antitrust Law Journal*, 2011, 691.

KLEIN B., *Bundled Discounts as Competition for Distribution*, in *Global Competition Policy*, giugno 2008.

KLEIN B., *Exclusive Dealing as Competition for Distribution on the Merits*, in *George Mason Law Review*, 2004, 119.

KLEIN B., *The Microsoft Case: What Can a Dominant Firm Do to Defend Its Market Position?*, in *Journal of Economic Perspectives*, 2001, 45.

KLEMPERER P., *The Competitiveness of Markets with Switching Costs*, in *RAND Journal of Economics*, 1987, 138.

KOBAYASHI B.H.-T.J. MURIS, *Chicago, Post-Chicago, and Beyond: Time to Let Go of the 20th Century*, in *Antitrust Law Journal*, 2012, 147.

KOBAYASHI B.H., *Does Economics Provide a Reliable Guide to Regulating Commodity Bundling by Firms? A Survey of the Economic Literature*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2005, 707.

KOBAYASHI B.H., *The Economics of Loyalty Discounts and Antitrust Law in the United States*, in *Competition Policy International*, 2005, 115.

KOBAYASHI B.H., *The Law and Economics of Predatory Pricing*, in K.N. HYLTON (a cura di), *Antitrust Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2010, 116.

KOBAYASHI B.H., *Two Tales of Bundling: Implications for the Application of Antitrust Law to Bundled*, in R. HAHN (a cura di), *Antitrust Policy and Vertical Restraints*, AEI-Brookings, Washington, DC, 2006, 10.

KOLASKY W.J., *Mario Monti's Legacy: A U.S. Perspective*, in *Competition Policy International*, 2005, 155.

KOLAY S.-G. SHAFFER-J. ORDOVER, *All-unit Discounts in Retail Contracts*, in *Journal of Economics & Management Strategy*, 2004, 429.

KOVACIC W., *The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Behavior: The Chicago/Harvard Double Helix*; in *Columbia Business Law Review*, 2007, 1.

KRATTENMAKER T.-S.C. SALOP, *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power Over Price*, in *Yale Law Journal*, 1996, 209.

KROES N., *Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82*, New York, 23 settembre 2005, disponibile sul sito Internet http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-537_en.htm.

LAMBERT T.A., *Antitrust Analysis of Bundled Discounts*, in *eSapience Center for Competition Policy*, novembre 2006.

LAMBERT T.A., *Appropriate Liability Rules for Tying and Bundled Discounting*, in *Ohio State Law Journal*, 2011, 909.

LAMBERT T.A., *Evaluating bundled discounts*, in *Minnesota Law Review*, 2005, 1688.

LAMBERT T.A., *The Roberts Court and the Limits of Antitrust*, in *Boston College Law Review*, 2011, 871.

LANDE R.H., *FTC v. Intel: Applying the "Consumer Choice" Framework to "Pure" Section 5 Allegations*, in *Competition Policy International*, febbraio 2010 (2).

LANDE R.H., *Intel's Alleged Schemes Affected U.S. Customers*, University of Baltimora Legal Studies Research Paper No. 2008-10, 2008, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=1145327.

LANDE R.H., *Should Predatory Pricing Rules Immunize Exclusionary Discounts?*, in *Utah Law Review*, 2006, 879.

LANDE R.H., *The Intel and Microsoft Settlements*, University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper No. 2011-8, 2010, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=1687802.

LANDE R.H., *The Price of Abuse: Intel and the European Commission Decision*, in *Global Competition Policy*, giugno 2009.

LANDE R.H., *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, in *Hastings Law Journal*, 1982, 65.

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

LAO M., *Defining Exclusionary Conduct Under Section 2: The Case for Non-Universal Standards*, in B. HAWK (a cura di), *2006 Fordham Competition Law Institute*, Juris Publishing, Huntington, 2007, 441.

LAWRANCE S., *Taking a tough line on fidelity rebates*, in *Competition Law Insight*, 2006, 4, 6.

LEE K., *A "Fairness" Interpretation of Competition Policy with Special Reference to Korea's Laws*, in *The symposium in commemoration of the 50th anniversary of the funding of the Fair Trade Commission in Japan, Competition Policy for the 21st century at 61* (KFTC 1997).

LEONARD G.K., *The Competitive Effects of Bundled Discounts*, in L. WU (a cura di), *Economics of Antitrust: Complex Issues in a Dynamic Economy*, National Economic Research Associates, Inc., White Plains, 2007, 3.

LIANOS I., *Categorical Thinking in Competition Law and the 'Effects-Based' Approach in Article 82 EC*, in A. EZRACHI (a cura di), *Article 82 EC – Reflections on its recent evolution*, Hart Publishing, Oxford, 2009, 19.

LIEBOWITZ S.J.-S.E. MARGOLIS, *Bundles of Joy: The Ubiquity and Efficiency of Bundles in New Technology Markets*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2009, 1.

LIN Y.J., *The Dampening of Competition Effect of Exclusive Dealing*, in *Journal of Industrial Economics*, 1990, 209.

LOUIS F., *Exclusionary Rebates: An EU Lack of Progress Report*, 2010, disponibile sul sito Internet http://www.law360.com/competition/articles/152802/exclusionary-rebates-an-eu-lack-of-progress-report.

LOVDHAL-GORMSEN L., *The Conflict between Economic Freedom and Consumer Welfare in the Modernisation of Article 82 EC*, in *European Competition Journal*, 2007, 329.

LOVDHAL-GORMSEN L., *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.

LOVDHAL-GORMSEN L., *Why the European Commission's Enforcement Priorities on Article 82 EC Should Be Withdrawn*, in *European Competition Law Review*, 2010, 45.

LOWE P., *Anti-trust reform in Europe: a year in practice*, Bruxelles, 11 marzo 2005, disponibile sul sito Internet http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2005_003_en.pdf.

LOWE P., *Consumer Welfare and Efficiency: New Guiding Principle of Competition Policy*, discorso tenuto alla 13th International Conference on Competition and 14th European Competition Day, Monaco, 27 marzo 2007, disponibile sul sito Internet http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2007_02_en.pdf.

LOWE P., *The European Commission Formulates its Enforcement Priorities as Regards Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, in *Global Competition Policy*, febbraio 2009.

MAIER-RIGAUD F.P.-D. VAIGAUSKAITE, *Prokent/Tomra, a textbook case? Abuse of dominance under perfect information*, DG COMP Competition Newsletter, 2006, 2, 19.

MAIER-RIGAUD F.P., *Article 82 Rebates: Four Common Fallacies*, in *European Competition Journal*, 2006, 85.

MAIER-RIGAUD F.P., *Switching Costs in Retroactive Rebates – What's time got to do with it*, in *European Competition Law Review*, 2005, 272.

MAJUMDAR A.-S. BISHOP-D. RIDYARD-I. WILLIAMS-U. AKGUN, *Selective price cuts and fidelity rebates*, Economic discussion paper, luglio 2005, preparato per l'Office of Fair Trading da RBB Economics, 76 ss., disponibile sul sito Internet http://www.oft.gov.uk/shared_oft/reports/comp_policy/oft804.pdf.

MAJUMDAR A.-S. BISHOP-D. RIDYARD-I. WILLIAMS-U. AKGUN, *Selective Price Cuts And Fidelity Rebates*, Economic Discussion paper preparato da RBB per l'Office of Fair Trading, luglio 2005, disponibile sul sito Internet http://www.oft.gov.uk/shared_oft/reports/comp_policy/oft804.pdf.

MANGINI V.-G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Giappichelli, Torino, 2012.

MANNE G.A.-J.D. WRIGHT, *Innovation and the Limits of Antitrust*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2010, 153.

MANNING S.H.-J. BOWATER, *The Effects of Bundled Discounts on Entry in the Market for Pediatric Vaccines*, 2012, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=1978879.

MARSDEN P.-L. LOVDHAL-GORMSEN, *Guidance on abuse in Europe: The continued concern for rivalry and a competitive structure*, in *Antitrust Bulletin*, 2010, 875.

MARVEL H.P., *Exclusive Dealing*, in *Journal of Law & Economics*, 1982, 1.

MARX L.M.-G. SHAFFER, *Rent Shifting, Exclusion, and Market-Share Discounts*, 2004, disponibile sul sito Internet www.faculty.fuqua.duke.edu/~marx/bio/papers/rentshift.pdf.

MASON E., *Economic Concentration and the Monopoly Problem*, Harvard University Press, Cambridge, 1959.

MCAFEE R.P.-J. MCMILLAN-M.D. WHINSTON, *Multiproduct Monopoly, Commodity Bundling, and Correlation of Values*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1989, 371.

MCSORLEY C.-A.J. PADILLA-M. WILLIAMS, *Switching Costs*, Department of Trade and Industry – Office of Fair Trading, Discussion Paper No. 5, 2003, disponibile sul sito Internet http://www.oft.gov.uk/shared_oft/reports/comp_policy/oft655.pdf.

MELAMED A.D., *Exclusionary Conduct Under the Antitrust Laws: Balancing, Sacrifice, and Refusals to Deal*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2005, 1247.

MELAMED A.D., *Exclusive Dealing Agreements and Other Exclusionary Conduct – Are there Unifying Principles?*, in *Antitrust Law Journal*, 2006, 375.

MELAMED A.D., *Exclusive Dealing Agreements and Other Exclusionary Conduct – Are There Unifying Principles?*, in *Antitrust Law Journal*, 2006, 375.

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

MERTIKOPOULOU V., *DG Competition's Discussion Paper on the Application of Article 82 of the EC Treaty to Exclusionary Abuses: The Proposed Economic Reform from a Legal Point of View*, in *European Competition Law Review*, 2007, 241.

MESTMACKER E., *Competition policy and antitrust: Some comparative observations*, in F.M. SCHERER (a cura di), *Monopoly and competition policy*, Edward Elgar, Aldershot, 1993, vol. I, 357.

MILLS D.E., *Market Share Discounts*, 12 maggio 2004, disponibile sul sito Internet http://www.virginia.edu/.

MONTI M., *A reformed competition policy: achievements and challenges for the future*, Center for European Reform, Bruxelles, 28 ottobre 2004, disponibile sul sito Internet http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/04/477&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en.

MONTI M., *European Competition Policy for the 21st Century*, in *Fordham International Law Journal*, 2000, 1602.

MORELL A.-A. GLÖCKNER-E. TOWFIGH, *Sticky Rebates: Target Rebates Induce Non-Rational Loyalty in Consumers*, in 2010, MPI Collective Goods Preprint, No. 2009/23, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=1443783.

MOSS D.L., *Healthcare Intermediaries: Competition and Healthcare Policy at Loggerheads?*, American Antitrust Institute Working Paper, 2012, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=2137227.

MOTTA M., *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

MOTTA M., *The European Commission's Guidance Communication on Article 82*, in *European Competition Law Review*, 2009, 593.

MURIS T., *The FTC and the Law on Monopolization*, in *Antitrust Law Journal*, 2000, 693.

MURIS T.J.-V.L. SMITH -A. CALISKAN-B.H. KOBAYASHI, *Antitrust and Bundled Discounts: An Experimental Analysis – A Reply*, in *Antitrust Law Journal*, 2011, 683.

MURIS T.J.-V.L. SMITH, *Antitrust and Bundled Discounts: an Experimental Analysis*, in *Antitrust Law Journal*, 2008, 399.

MURIS T.J., *Antitrust Law & Economics: Exclusionary Behavior, Bundled Discounts and Refusals to Deal* (Nov. 29, 2006) (hearing submission), disponibile sul sito Internet http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Muris_Slides.pdf

MURIS T.J., *The Government and Merger Efficiencies: Still Hostile After All These Years*, in *George Mason Law Review*, 1999, 729.

NAGLE T.T.-R.K. HOLDEN, *The Strategy and Tactics of Pricing: A Guide to Profitable Decision Making*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, NJ, 2002, 246.

NALEBUFF B., *Bundling As An Entry Barrier*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 2004, 159.

NALEBUFF B., *Exclusionary Bundling*, in *Antitrust Bulletin*, 2005, 321.

NÚÑEZ OSORIO I., *"A Test to Ban Rebates": Which Test is Applicable to Rebates under TFEU art. 102?*, in *European Competition Law Review*, 2012, 91.

O'DONOGHUE R., *Over-regulating Lower Prices: Time for a Rethink on Pricing Abuses under Article 82 EC*, in C.D. EHLERMANN-I. ATANASIU (a cura di), *European Competition Law Annual 2003: What is an abuse of a dominant position?*, Hart Publishing, Oxford, 2006, 371.

ODUDU O., *Case C-95/04 P*, British Airways plc *v.* Commission, *judgment of the Court of Justice (Third Chamber) of 15 March 2007, nyr*, in *Common Market Law Review*, 2007, 1781.

OECD, *Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates*, 2003, atti del '*Roundtable on Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates*'.

OECD, *Predatory Foreclosure*, DAF/COMP(2005)14, 2005, 23, disponibile sul sito Internet http://www.oecd.org/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/34646189.pdf.

ORDOVER J.-G. SHAFFER, *Exclusionary discounts*, CCP Working Paper 07-13, 2007, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=995426.

ORDOVER J.A.-R.D. WILLIG, *An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation*, in *Yale Law Journal*, 1981, 8.

ORNSTEIN S.I., *Exclusive Dealing and Antitrust*, in *Antitrust Bulletin*, 1989, 65.

OSTI C., *Diritto della concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2007.

OSTI C., *Il mercato fuori di sé – Consumatori irrazionali, amministratori irrazionali e giudici irrazionali*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2010, 311.

PACE L.F., *European Antitrust Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007.

PAERSON H., *Headline-Grabbing Intel Fine Hides Article 82 EC Enforcement Concerns*, in *Global Competition Policy*, giugno 2009.

PAGE W.A.-J.E. LOPATKA, *The Microsoft Case: Antitrust, High Technology, and Consumer Welfare*, University of Chicago Press, Chicago, 2007.

PALMIERI A.-R. PARDOLESI, *Prezzi predatori e antitrust europeo: spiragli che non si schiudono*, in *Foro italiano*, 2009, IV, 274.

PALMIERI A., *L'antitrust nel settore delle comunicazioni elettroniche: offerta al dettaglio dell'accesso a banda larga e terminazione all'ingrosso su rete fissa*, in *Diritto dell'Internet*, 2006, 452.

PANNER A.M., *Bundled Discounts and the Antitrust Modernization Commission*, in *eSapience Center for Competition Policy*, luglio 2007, 6.

PARCU P.L., *European Dominant Position and American Monopolization: a Unifying Approach from Basic Game Theory*, 2005, disponibile sul sito Internet http://www3.unisi.it/lawandeconomics/simple/021_Parcu.pdf.

PARDOLESI R.-A. RENDA, *The European Commission's Case Against Microsoft: Kill Bill?*, in *World Competition*, 2004, 513.

PARDOLESI R.-G. COLANGELO, *Microsoft, i giudici europei e l'antitrust di una volta*, in *Foro italiano*, 2008, IV, 114.

PARDOLESI R., *C'era una volta in Europa: di antitrust comunitario, importazioni parallele ed idoli infranti*, in *Foro italiano*, 2001, IV, 78.

PARDOLESI R., *Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2007, 119.

PARDOLESI R., *Condotta unilaterale d'impresa: una disciplina in cerca d'identità*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2009, 479.

PARRET L., *Shouldn't We Know What We Are Protecting? Yes We Should! A Plea for a Solid and Comprehensive Debate about the Objectives of EU Competition Law and Policy*, in *European Competition Journal*, 2010, 339.

PEACOCK A.-H. WILLGERODT (a cura di), *Germany's Social Market Economy*, Macmillan, Londra, 1989.

PEEPERKORN G.-E. ROUSSEVA, *Article 102 TFEU: Excusive Dealing and Rebates*, in *European Journal of Competition Law & Practice*, 2010, 36.

PERA A.-V. AURICCHIO, *Consumer Welfare, Standard of Proof and the Objectives of Competition Policy*, in *European Competition Journal*, 2005, 153.

PERA A., *Changing Views of Competition, Economic Analysis and EC Antitrust Law*, in *European Competition Journal*, 2008, 127.

PERITZ R., *La sorte del monopolio al vaglio antitrust – Dubbi e prospettive interpretative dal fronte nord-americano*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2009, 469.

PETIT N., *From Formalism to Effects? The Commission's Communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC*, in *World Competition*, 2009, 485.

PITTMAN R., *Consumer Surplus as the Appropriate Standard for Antitrust Enforcement*, in *Competition Policy International*, 2007, 205.

POLETTINI F., *Contratti di somministrazione di energia e diritto antitrust: il caso Enel*, in *Diritto industriale*, 2004, 368.

POLO M., *A favore di un approccio economico nell'applicazione del diritto antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2007, 129.

POLO M., *Anticompetitive versus Competitive Explanations of Unilateral Practices: The Identification Problem*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2009, 457.

POLO M., *Sconti selettivi o concorrenza lecita? – I paradossi del caso RDB*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2009, 141.

POLO M., *Un commento*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2009, 491.

POPOFSKY M.L., *Drawing a Line between Bundling and Contractual Exclusion under the Sherman Act*, in *Global Competition Policy*, giugno 2008.

POPOFSKY M.S., *Defining Exclusionary Conduct: Section 2, the Rule of Reason, and the Unifying Principle Underlying Antitrust Rules*, in *Antitrust Law Journal*, 2006, 435.

POSNER R.A., *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, in *Journal of Legal Studies*, 1973, 399.

POSNER R.A., *Antitrust Law*, University of Chicago Press, Chicago, 2001.

POSNER R.A., *Antitrust Law: An Economic Perspective*, University of Chicago Press, Chicago, 1976.

POSNER R.A., *The Chicago School of Antitrust Analysis*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1979, 925.

POSNER R.A., *The Economics of the Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1972.

POSNER R.A., *The Social Cost of Monopoly and Regulation*, in *Journal of Political Economy*, 1975, 807.

POSNER R.A., *Vertical Restraints and Antitrust Policy*, in *University of Chicago Law Review*, 2005, 229.

PREECE S., *Compagnie Maritime Belge: Missing the Boat?*, in *European Competition Law Review*, 2000, 288.

RASKOVICH A., *Pivotal Buyers and Bargaining Position*, in *Journal of Industrial Economics*, 2003, 405.

RASMUSEN E.B.-J.M. RAMSEYER-J.S. WILEY, *Naked Exclusion*, in *American Economic Review*, 1991, 1137.

RBB, *Tomra: rolling back form-based analysis of rebates?*, Brief 21, 2007, disponibile sul sito Internet http://www.rbbecon.com/publications/downloads/rbb_brief21.pdf.

RIDYARD D., *Article 82 Price Abuses – Towards a More Economic Approach*, in C.D. EHLERMANN-I. ATANASIU (a cura di), *European Competition Law Annual 2003: What is an abuse of a dominant position?*, Hart Publishing, Oxford, 2006, 441.

RIDYARD D., *Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses Under Article 82: An Economic Analysis*, in *European Competition Law Review*, 2002, 286.

RIDYARD D., *The European Commission's Article 82 Guidelines: Some Reflections on the Economic Issues*, in *European Competition Law Review*, 2009, 230.

ROQUES C., *Bundled Discounts and EC Judicial Review*, Global Competition Policy, giugno 2008.

ROSENBLATT H.-H. ARMENGOD, *The Commission's Approach to Conditional Discounts: A Look at* Tomra *and* Intel, in *European Antitrust Review*, 2012, 49.

ROTH P.-C. BELLAMY-V. CHILD-G.D. CHILD, *Bellamy & Child: European Community Law of Competition*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

ROUSSEVA E., *Abuse of Dominant Position Defenses – Objective Justification and Article 82 EC in the Era of Modernization*, in G. AMATO-C.D. EHLERMANN (a cura di), *EC Competition Law – A Critical Assessment*, Hart Publishing, Oxford, 2007, 377.

RUBIN J., *Bundling as Exclusionary Pricing to Maintain Monopoly*, in *Global Competition Policy*, giugno 2008.

RUBINFELD D.L., *3M's Bundled Rebates: An Economic Perspective*, in *University of Chicago Law Review*, 2005, 243.

SALOP S.C.-D.T. SCHEFFMAN, *Rasing Rivals' Costs*, in *American Economic Review*, 1993, 267.

SALOP S.C.-R. CRAIG ROMAINE, *Preserving Monopoly: Economic Analysis, Legal Standards, and Microsoft*, in *George Mason Law Review*, 1999, 617.

SALOP S.C., *Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard*, in *Antitrust Law Journal*, 2006, 311.

SALOP S.C., *Practices that (Credibly) Facilitate Oligopoly Coordination*, in J STIGLITZ-F. MATHEWSON (a cura di), *New Developments in the Analysis of Market Structure*, MIT Press, Cambridge, 1986, 265.

SALOP S.C., *Question: What is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: the True Consumer Welfare Standard*, in *Loyola Consumer Law Review*, 2010, 336.

SANGWOOK D.H.-J.H. HYEONG, *The Intel Case in Korea and EU Jurisprudence*, in *European Competition Law Review*, 2012, 47.

SANZA S., *La concorrenza sleale*, Cedam, Padova, 1998.

SCHERER F.M., *Predatory Pricing and the Sherman Act: A Comment*, in *Harvard Law Review*, 1976, 869.

SCHMALENSEE R., *On the Use of Economic Models in Antitrust: The Realemon Case*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1978-1979, 994.

SEGAL I.-M.D. WINSTON, *Naked Exclusion: Comment*, in *American Economic Review*, 2000, 296.

SEGAL I.R.-M.D. WHINSTON, *Exclusive Contracts and Protection of Investments*, in *RAND Journal of Economics*, 2000, 603.

SEMERARO S., *Should Antitrust Condemn Tying Arrangements that Increase Price Without Restraining Competition?*, in *Harvard Law Review Forum*, 2009, 30.

SHAPIRO C., *Exclusionary Conduct, Testimony Before the Antitrust Modernization Commission*, 29 settembre 2005, disponibile sul sito Internet http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Shapiro_Statement.pdf.

SHER B., *Leveraging Non-Contestability: Exclusive Dealing and Rebates under the Commission's Article 82 Guidance*, in *Global Competition Policy*, febbraio 2009.

SHER B., *Price Discounts and Michelin 2: What Goes Around, Comes Around*, in *European Competition Law Review*, 2002, 482.

SHER B., *The Last of the Steam-Powered Trains: Modernising Article 82*, in *European Competition Law Review*, 2004, 243.

SIEVERS M.-B. ALBERY, *Strategic Allocation of Overhead: the Application of Traditional Predation Tests to Multiproduct Firms*, in *Antitrust Law Journal*, 1992, 757.

SINCLAIR D., *Abuse of Dominance at a Crossroads – Potential Effect, Object and Appreciability Under Article 82 EC*, in *European Competition Law Review*, 2004, 491.

SIRAGUSA M.-G. FAELLA, *Trends and Problems of the Antitrust of the Future*, in *Antitrust between EU Law and National Law*, 2012, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=2144840.

SMITH R.-S. KING, *Does Competition Law Adequately Protect Consumers*, in *European Competition Law Review*, 2007, 412.

SPECTOR D., *Loyalty Rebates and Related Pricing Practices: When Should Competition Authorities Worry?*, in D.S. EVANS-A.J. PADILLA (a cura di), *Global Competition Policy – Economic Issues and Impact*, LECG, Brussels, 2004, 317.

SPECTOR D., *Loyalty Rebates: An Assessment of Competition Concerns and a Proposed Structured Rule of Reason*, in *Competition Policy International*, 2005, 89.

STEUER R.M., *Customer-Instigated Exclusive Dealing*, in *Antitrust Law Journal*, 2000, 239.

STEUER R.M., *Exclusive Dealing in Distribution*, in *Cornell Law Review*, 1983, 101.

STIGLER G.J., *United States v. Loew's: A Note on Block Booking*, in *Supreme Court Review*, 1963, 152.

STUCKE M.E., *Behavioral Antitrust and Monopolization*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2012, 545.

SUBIOTTO R.-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.

SUFRIN B.-E. JONES, *EC Competition Law – Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

TAYLOR W.E., *Predation and Multiproduct Firms: An Economic Appraisal of the Sievers-Albery Results*, in *Antitrust Law Journal*, 1992, 785.

TEMPLE LANG J., *Commission's New Guidance on Article 82 is Flawed*, in *Competition Law Insight*, 2009, 83.

TEMPLE LANG J., *L'art. 82 – I problemi e la soluzione*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2009, 437.

TEMPLE LANG J., *Reprisals and Overreaction by Dominant Companies as an Anti-competitive Abuse under Article 82(b)*, in *European Competition Law Review*, 2008, 11.

TEMPLE LANG J., *The Requirements for a Commission Notice on the Concept of Abuse under Article 82 EC*, CEPS Special Report, 2008, disponibile sul sito Internet http://www.ceps.eu/node/1588.

TIROLE J., *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, Cambridge, 1992.

TOM W.K.-D.A. BALTO-N.W. AVERITT, *Anticompetitive Aspects of Market-Share Discounts and Other Incentives to Exclusive Dealing*, in *Antitrust Law Journal*, 2000, 615.

VAN MIERT K., *A Pragmatic Approach to Europe's Competition Policy*, Frontier-Free Europe Monthly Newsletter, 5 aprile 1993.

VANBERG V., *The Freiburg School, Walter Eucken and Ordoliberalism*, Freiburg Discussion Paper on Constitutional Economics, University of Freiburg, 2004, disponibile sul sito Internet http://www.econstor.eu/handle/10419/4343.

VARNEY C., *Vigorous Antitrust Enforcement in This Challenging Era*, 12 maggio 2009, disponibile sul sito Internet http://www.justice.gov/atr/public/speeches/245777.htm.

VERBOVEN F., *Price Discrimination (Empirical Studies)*, in S.N. DURLAUF-L.E. BLUME (a cura di), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, Macmillan, Londra, 2008.

VICKERS J., *Abuse of market power*, in *The Economic Journal*, 2005, F244.

WAELBROECK D., *The Assessment of Efficiencies under Article 102 and the Commission's Guidance Paper*, disponibile sul sito Internet http://www.intertic.org/BookPapers/Waelbroeck.pdf.

WAELBROECK M., *Price Discrimination and Rebate Policies under EU Competition Law*, in *Fordham Corporate Law Institute*, 1995, 147, 159.

WANG Z., *Supermarket and Gasoline: An Empirical Study of Bundled Discount*, 2010, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=1628770.

WERDEN G.J., *Identifying Exclusionary Conduct Under Section 2: The "No Economic Sense" Test*, in *Antitrust Law Journal*, 2006, 413.

WERDEN G.J., *Identifying Single-Firm Exclusionary Conduct: From Vague Concepts to Administrable Rules*, in B.E. HAWK (a cura di), *2006 Fordham Competition Law Institute*, Juris Publishing, Huntington, 2007, 509.

WERDEN G.W., *Identifying Exclusionary Conduct Under Section 2: The "No Economic Sense" Test*, in *Antitrust Law Journal*, 2006, 413.

WHINSTON M.D., *Tying, Foreclosure, and Exclusion*, in *American Economic Review*, 1990, 837.

WHISH R., *Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

WICKELGREN A.L., *Bundled Discounts, Leverage Theory, and Downstream Competition*, in *American Law and Economics Review*, 2007, 370.

WILLIAMSON O.E., *Williamson on Predatory Pricing II*, in *Yale Law Journal*, 1979, 1183.

WRIGHT J.D., *An Antitrust Analysis of the Federal Trade Commission's Complaint Against Intel*, George Mason Law & Economics Research Paper No. 10-27, 2010, disponibile sul sito Internet http://ssrn.com/abstract=1624943.

WRIGHT J.D., *An Evidence-Based Approach to Exclusive Dealing and Loyalty Discounts*, in *Global Competition Policy*, luglio 2009.

WRIGHT J.D., *Antitust Law and Competition for Distribution*, in *Yale Journal on Regulation*, 2006, 169.

WRIGHT J.D., *Does Antitrust Enforcement in High Tech Markets Benefit Consumers? Stock Price Evidence from FTC v. Intel*, in *Review of Industrial Organization*, 2011, 387.

WRIGHT J.D., *Slotting Contracts and Consumer Welfare*, in *Antitrust Law Journal*, 2007, 439.

ZENGER H., *Loyalty Rebates and the Competitive Process*, 2012, disponibile sul sito Internet http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2019185.

ZENGER H., *When Does Exclusive Dealing Intensify Competition for Distribution*, in *Antitrust Law Journal*, 2010, 205.

ZOHIOS G., *Commission Guidance Paper on the Application of Art. 82: A Step Towards Modernization or a Step Away?*, in *Global Competition Policy*, febbraio 2009.

Finito di stampare nel mese di novembre 2012
da Pittini Digital Print - Roma

€. 40,00

ISBN/EAN
9 788834 838822