

Perché la Commissione aveva ragione. Oppure no?

1.- Lo scritto di Pietro Crocioni ha origine in una discussione, in stile *moot court*, riguardo al caso Intel (europeo). Nella circostanza, per inciso, mi era stato affidato il compito di rappresentare le ragioni dell'impresa dominante: nella consapevolezza che si trattava di una missione per molti versi impossibile. Che la più massiccia sanzione individuale mai registrata in ambito antitrust sia stata irrogata a un operatore innocente e specchiato è affermazione che neppure il più disinvolto dei bastian contrari faticherebbe a compitare. Molto più incerta, però, è la risposta all'interrogativo implicito nel titolo inglese del lavoro di Crocioni: il commento "why the Commission was right" (che, nella versione domestica, diventa un meno impegnativo "dalla parte della Commissione") potrebbe, per certi versi, essere rfrasato in forma dubitativa, ossia "whether the Commission was right". E' quasi superfluo avvertire che qualsiasi discorso seriamente inteso a fare chiarezza su questi snodi rischierebbe di rivaleggiare, per lunghezza e complessità, con l'alluvionale decisione della Commissione. Ci si limiterà, quindi, a un pugno di notazioni pressoché apodittiche.

2.- A Intel venne rimproverato, tra l'altro, di aver pagato gli OEM per ritardare (impedire/limitare) il lancio di prodotti basati sui microprocessori del concorrente: una pratica, dunque, di "pay-for-delay", tornata in questi giorni al centro dell'attenzione per il pronunciamento della Suprema Corte statunitense in merito alle transazioni tra produttori di farmaci brevettati e genericisti. L'accostamento si rivela, peraltro, improprio. Nel nostro caso non si danno spinosi problemi interpretativi circa la portata della protezione brevettuale in rapporto all'applicazione del diritto della concorrenza; e la valutazione risulta piana, o quasi. Pagare gli operatori a valle perché il prodotto del rivale resti, almeno per un certo lasso di tempo, fuori dal mercato è una pratica evidentemente scorretta nei confronti dell'imprenditore escluso; siamo ben dentro il perimetro della concorrenza sleale. Su questo punto, non c'è nulla da discutere. Attenzione, però: su questo punto. Perché il problema riguarda, invece, la possibilità di riguardare una pratica illecita tra imprenditori come rilevante rispetto alla disciplina del mercato, solo perché attuata dall'impresa dominante. La *naked restriction* è sicuramente nel mirino della sec. 5 FTC Act, la quale, per l'appunto, proibisce gli "unfair methods of competition": divieto che innesca, di là dall'Atlantico, un confronto assai serrato sulla possibilità di perseguire, per questa via, condotte (si pensi, ad es., al c.d. vaporware o ad altre pratiche decettive) che certamente pregiudicano il concorrente, ma non necessariamente la concorrenza, sì che stentano a trovare collocazione nelle pieghe dello Sherman Act e relativa progenie (v., per tutti, R.J.R. Peritz, "Unfair Methods of competition under FTC §5: Beyond the Sherman Act and an *ex post* Model of Enforcement", 56 *Antitrust Bulletin* 825 (2011)). Un analogo interrogativo si pone con riguardo alla disciplina comunitaria: basta la presenza di un operatore egemone a far sì che la condotta riprovevole, in quanto scorretta nei confronti del rivale, assurga a illecito antitrust? si è al cospetto di una disciplina unitaria, vale a dire diritto della concorrenza comprensivo della disciplina della concorrenza sleale? può l'autorità preposta all'*enforcement* reprimere, di là dagli abusi esemplificati dall'art. 102 TFEU, anche comportamenti pregiudizievoli perché questi ultimi, se coronati da successo, rischiano di tagliar fuori dal mercato il soggetto contro il quale sono adottati? o si deve, viceversa, rispettare un riparto giurisdizionale che lascia alle corti il compito di sciogliere i nodi della correttezza professionale? Da notare, di scorcio, come le domande testé abbozzate facciano il paio con quelle che emergono a ridosso della presunta manipolazione dei risultati delle ricerche effettuate con Google. Ammesso pure che il declassamento di un motore di ricerca verticale sia arbitrario, saremmo comunque in presenza di una slealtà concorrenziale, che non è ovvio ricondurre al paradigma dell'abuso di posizione dominante. Rispetto alle circostanze cennate il pregiudizio al consumatore, che dovrebbe fungere da bussola dell'antitrust, non è affatto scontato. Ma su questo profilo torneremo tra un momento, in chiave più generale. Anche perché l'attenzione della Commissione, e quindi di Crocioni, è tutta concentrata sul versante degli sconti condizionati.

3.- Le politiche di sconto dell'impresa dominante sono, in antitrust, un sofferto campo di battaglia. Qui si tocca con mano il paradosso di un obiettivo –quello del contenimento dei prezzi- perseguito con piglio risoluto, salvo poi capovolgersi e diventare il suo contrario nel momento in cui l'agognato ribasso assume i contorni della pratica escludente. Incombe lo spettro del falso positivo, ossia della condanna irrogata a chi promuove la concorrenza più incisiva. Insomma, un incubo, o quasi.

Ma, ci spiega Crocioni, nel caso Intel si è respirata aria tutt'affatto diversa. Perché questa è stata l'occasione, la prima e la più importante a disposizione della Commissione, per applicare gli innovativi criteri adottati con gli Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 102 TFEU ad una fattispecie di concessione di sconti condizionati di carattere retroattivo (supportati dall'ulteriore minaccia -francamente implausibile, ma, a detta della Commissione, pesantemente avvertita dai destinatari- che la perdita degli sconti si sarebbe potuta tradurre nella concessione di maggiore riduzione di prezzo ai rivali, coniugando il danno alle beffe). Ecco, allora, la novità del test del concorrente altrettanto efficiente, inteso a verificare la capacità degli sconti di precludere l'accesso al mercato sulla base del computo del prezzo al quale un operatore avrebbe dovuto vendere i microprocessori per compensare l'acquirente per la perdita degli incentivi concessi da Intel. L'analisi svolta dalla Commissione, ci spiega Faella nel suo libro recente sulla materia, rappresenta una variante di quella proposta negli Orientamenti: “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 [...] 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'*)” (G. Faella, *Politiche di conti delle imprese dominanti*, Torino, 2012, 162 e nt. 285). Il soddisfacimento di quest'ultima condizione comportava che un concorrente altrettanto efficiente non avrebbe potuto competere per la porzione contendibile della domanda. Di qui la prova dell'illiceità degli sconti.

Nel merito dell'esercizio proposto non potremmo comunque entrare, posta la pratica impossibilità di sottoporre a verifica la decisione nella versione resa pubblica (per via del profluvio di *omissis* da confidenzialità); e non ci resta che fare di necessità virtù, prendendolo per buono. Salvo, magari, sottolineare che l'esercizio è stato pregiudizialmente sterilizzato come non essenziale, se non pressoché superfluo, dacché la Commissione vi approda dopo aver avallato l'orientamento tradizionale, a tenore del quale, e nel segno del più rigido formalismo, gli sconti fidelizzanti, perché concessi in cambio dell'assunzione di un vincolo esclusivo di diritto o di fatto, sono incompatibili con la disciplina della concorrenza, senza che sia necessario accertare l'effettività dell'esclusione o la sussistenza di un reale pregiudizio per i consumatori.

4.- Proprio qui emergono le riserve di maggior spessore. Logica antimonopolistica vuole che gli sconti, portato salvifico della concorrenza effettiva, diventino controproducenti quando sono utilizzati dall'impresa dominante per disfarsi di contendenti pericolosi. L'idea sottesa, con le varianti indicate da Antonio Nicita, è che la pratica valga a mettere in ginocchio il rivale scomodo, comprimendone la presenza sul mercato e riducendone i margini operativi. L'obiettivo è quello di provocarne l'uscita dal comparto, che si presterà, allora, allo sfruttamento capillare in forma di prezzi monopolistici.

La traduzione concreta di questa prognosi di massima implica che gli sconti praticati da Intel abbiano privato gli altri produttori di chip della possibilità di competere, scoraggiando in particolare l'espansione di AMD (e di altri produttori nei mercati dei microprocessori e dei processori grafici). Ma è davvero andata così? Qualcuno ha ricordato che la scontistica fidelizzante di Intel esordì nel 1999. Secondo la logica dianzi invocata, dovremmo allora aspettarci che le quote di mercato di Intel siano aumentate (e quelle di AMD correlativamente diminuite), a partire dal 1999; che AMD abbia sperimentato contrazioni di fatturato e non abbia avuto possibilità di operare sostanziali investimenti in capacità produttiva (futura), in vista della loro problematica recuperabilità una volta

che AMD fosse stata esclusa dal mercato; e, perché no?, che i prezzi delle azioni delle due società siano rispettivamente aumentati e diminuiti a seguito dei comportamenti contestati ad Intel.

Ma quando, con Joshua Wright (che scrive con riguardo al parallelo caso nord-americano, ma si riferisce, com'è ovvio, alla stessa vicenda industriale), si provi ad esplorare gli andamenti della quota di AMD nel mercato dei microprocessori x86, non si tarda a scoprire che non si è verificata nessuna evidente contrazione della presenza di AMD a seguito delle condotte di Intel. Anzi, è dato constatare come la *share* di AMD nel 2006, e quindi in piena campagna di sconti condizionati, sia più elevata che nel 1999: l'unica caduta significativa sembra essere quella registrata dopo il 2002, quando AMD si è imbattuta in seri problemi tecnici, definitivamente risolti nel 2003 con il lancio del chip Opteron a 64 bit (J.D. Wright, "An Antitrust Analysis of the Federal Trade Commission's Complaint against Intel" (8 giugno 2010), disponibile su <http://ssrn.com/abstract=1624943>).

I dati a disposizione smentiscono anche le aspettative circa fatturati e dintorni. Si scopre, così, come i profitti di AMD siano cresciuti anche cospicuamente dal 2004 e per tutto il 2005, per poi subire un progressivo decremento dal 2006 al 2008, quando ricominciano a salire tornando ai livelli precedenti, con margini lordi intorno al 50%. Non meno lusinghiera la verifica dell'espansione produttiva nel periodo considerato: ne rendono testimonianza l'apertura di una nuova fabbrica a Dresda, nel 2005 (proprio quando più pressante sarebbe dovuta essere la pressione escludente di Intel), e i cospicui investimenti in altri impianti (quanto basta a Wright per commentare: "The evidence appears to support the view that AMD is able to sell all of the chips that it is able to produce and AMD's capacity, not Intel's conduct, constrained AMD"). Insomma, dire che la politica di sconti abbia fiaccato il principale concorrente sarebbe eresia. Si può, al più, ipotizzare che le cose sarebbero potute andare ancora meglio. Ma si tratta di un controfattuale privo di qualsivoglia supporto.

Per quel che conta, neppure la performance finanziaria di AMD attesta, come ci si potrebbe aspettare, un drastico calo del prezzo delle azioni di AMD, speculare all'aumento del prezzo delle azioni di Intel. Al contrario, AMD sembra aver goduto di quotazioni in crescita nei mercati finanziari dal 2001-2002 fino al 2006, mentre il calcolo cumulativo dei rendimenti anomali messi a segno da Intel nel corso del periodo post-1999, relativamente al quale si assume che Intel fosse impegnata in condotte anticoncorrenziali, rivela una tendenza complessiva al ribasso.

5.- Ma, si dirà, resta il danno ai consumatori. Sennonché, ai riguardo, il coro delle riserve si fa ancora più consistente. Anche a dare per scontata la legge di Moore (non a caso, co-fondatore di Intel), col suo pronostico che la densità di transistor in una CPU raddoppi ogni due anni, non può non colpire come in parallelo i prezzi dei microchip siano letteralmente precipitati, dal 1999 in poi, ad un tasso medio del 40%. Innovazione arretrante, prezzo dimezzato: come rimarca Damien Geradin, in un quadro siffatto è difficile scorgere i contorni di un abuso monopolistico ai danni del consumatore, evidentemente premiato da un progresso tecnologico che verrebbe fatto di correlare a una persistente tensione competitiva (D. Geradin, "The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the *Intel* Case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm?", 1 *Journal of European Competition Law & Practice*, (2010) (2), 112). Con i prezzi in caduta libera, o quasi, e innovazione a tutto spiano, l'intervento antitrust appare pericolosamente fuori luogo. Non c'è *consumer harm*, almeno nel breve periodo. E immaginare che il processo concorrenziale possa essere manipolato in modo da facilitare l'ingresso nel mercato in prospettiva di lungo termine rischia, come avverte Alan Devlin, "Antitrust Regulation", 49 *San Diego Law Review* (2012), di sacrificare il bene di ora per un meglio remoto e, forse, inattuabile. Non c'è danno al consumatore, dicevamo. Salvo, s'intende, riscoprire che il pregiudizio potrebbe consistere nella limitazione della sua libertà di scelta, conseguente (non, si badi bene, all'indisponibilità del prodotto concorrente, rimasto sempre attingibile per chi lo avesse preferito, ma) alle pratiche -che abbiamo visto essere sì imputate a Intel, ma alquanto neglette nell'ordito accusatorio della Commissione- del "pay-for-delay". Col che si torna al punto di partenza.

6.- La replica della Commissione è adamantina. Essa non ha bisogno di provare gli effetti anticompetitivi. E' così perché è così.
Ora sappiamo davvero perché la Commissione aveva ragione.