

Sconti fedeltà tra approccio economico e danno per il consumatore

DI DANILO SAMÀ

SOMMARIO: L'articolo si propone di comprendere in base a quali condizioni sconti fedeltà adottati da un'impresa dominante comportino effetti anticoncorrenziali. Gli schemi fidelizzanti, infatti, sebbene estremamente frequenti nelle transazioni di mercato, qualora applicati da un'impresa dominante, rischiano di essere giudicati illeciti *per se*, come comprovato dalla casistica giurisprudenziale finora emersa a livello europeo e dal severo scrutinio riservato delle autorità nazionali della concorrenza. Il lavoro dapprima fornisce una panoramica analitica delle pratiche fidelizzanti, concentrando in particolare l'attenzione sugli sconti retroattivi, ed approfondisce importanti implicazioni economiche, come gli effetti *lock-in* e *suction*. Successivamente vengono discusse le novità introdotte dalle linee guida per l'applicazione dell'art. 102 TFUE, le quali richiedono un'analisi concreta degli effetti di mercato delle condotte escludenti. Alla luce di un estensivo studio dell'*as-efficient competitor test*, il nuovo approccio della Commissione Europea verso gli sconti fedeltà viene analizzato in dettaglio con riferimento ad un caso antitrust recentemente esaminato a livello europeo (*Tomra*). In conclusione, viene sviluppato un approccio economico per l'analisi degli effetti, e dunque della legalità, degli schemi fidelizzanti, in conformità con una coerente teoria del danno per il consumatore.

*Where did we come from? Where are we going?
Is there possibility of a group discount?*

Woody Allen

1. Definizione di sconti fedeltà

In termini generali, gli sconti fedeltà possono essere definiti come una riduzione del prezzo di listino di un prodotto che un fornitore o un venditore offrono a un acquirente o a un distributore come esplicita o implicita ricompensa in cambio di un rapporto di sostanziale esclusività. Ne consegue che la

differenza chiave rispetto a una forma di sconto standard è che uno schema fidelizzante risulta strutturato, da una parte, per fornire benefici sostanziali a un cliente nel caso in cui mantenga o incrementi il suo livello di spesa verso un particolare fornitore, e, dall'altra, per imporre pesanti sanzioni al medesimo cliente nel caso in cui si rivolga a un fornitore concorrente. Infatti, poiché nella prassi comune il fornitore non riconosce generalmente il premio se il cliente soddisfa persino una porzione limitata del suo fabbisogno d'acquisto da un altro concorrente, le pratiche fidelizzanti tendono ad avere un effetto simile a un contratto di esclusiva, il quale, come noto, obbliga il cliente ad acquistare l'intera o parte significativa del suo fabbisogno d'acquisto da uno specifico fornitore.

Ciononostante, come dimostrato dal fatto che le suddette pratiche appaiono estremamente frequenti nei mercati ordinari, gli sconti fedeltà non risultano normalmente problematici. Qualora i concorrenti siano in grado di competere in eguali termini contro i propri rivali e i consumatori di rispondere attivamente agli incentivi proposti, è improbabile che le pratiche fidelizzanti siano anticoncorrenziali, quanto piuttosto possono rappresentare strumenti a supporto di una concorrenza di prezzo. Al contrario, in presenza di un'impresa dominante, gli schemi fidelizzanti possono causare distorsioni cruciali da un punto di vista della politica della concorrenza. Nel contesto delineato, il presente lavoro intende pertanto sviluppare criticamente un'analisi economica della tematica in oggetto, alla luce delle ultime linee guida sugli abusi di posizione dominante pubblicate dalla Commissione Europea e della più recente casistica giurisprudenziale.

Sebbene nel linguaggio comune una distinzione tra i concetti di *discount* e *rebate* appaia spesso assente, la principale caratteristica in comune è che la concessione di entrambi è soggetta al raggiungimento di un certo ammontare di acquisti entro un determinato periodo temporale. La differenza principale, invece, è che per il primo il premio è applicato direttamente al prezzo di listino, mentre per il secondo il premio è corrisposto indirettamente in un rimborso. Ai fini del presente lavoro, la valutazione economica in oggetto si concentra essenzialmente sulla pratica commerciale avente la forma di sconto retroattivo applicato a un singolo prodotto per due motivazioni principali¹. In prima istanza, si tratta di una delle più frequenti tipologie di accordo adottate nelle transazioni commerciali. Tuttavia, qualora applicata da un'impresa dominante, è probabile venga giudicata illegale *per se*, come comprovato dalla casistica giurisprudenziale europea finora emersa e dal severo scrutinio riservato dalle autorità nazionali della concorrenza. In seconda istanza, l'ambito di

¹ Per una valutazione tradizionale degli sconti fedeltà nella casistica giurisprudenziale europea: R. O'Donoghue, A.R. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2006, pp. 374-406.

indagine rimane alquanto inesplorato, come dimostrato dal limitato numero di contributi scientifici pubblicato a fronte della promulgazione da parte della Commissione del nuovo approccio c.d. *effects-based* e dei controversi casi antitrust recentemente esaminati a livello europeo.

2. Analisi economica degli sconti fedeltà

Uno sconto può essere definito retroattivo se il cliente ottiene uno sconto su tutte le unità acquistate, dopo aver raggiunto un certo ammontare di acquisti entro un determinato periodo temporale. Ne deriva che lo sconto è applicato retroattivamente su tutti gli acquisti precedenti e non esclusivamente sugli acquisti realizzati al di sopra della soglia prefissata, come nel caso degli sconti incrementali. Tuttavia, in caso di sconti retroattivi, poiché il premio incide retroattivamente sull'ammontare totale di unità acquistate nel periodo di riferimento, il cliente è soggetto ad un c.d. *lock-in effect* nella forma di *switching cost*, ovvero di costo che il cliente deve corrispondere per cambiare fornitore. Infatti, se il cliente decide di passare a un altro fornitore rischia di non raggiungere la soglia prefissata e di perdere lo sconto altrimenti determinato su tutti gli acquisti precedenti. Dal momento che il fornitore è solitamente in grado di definire un target d'acquisto individualizzato piuttosto che standardizzato che riflette il fabbisogno d'acquisto totale dell'acquirente, il cliente sarà meno propenso a rivolgersi ad altri fornitori, in quanto risulterebbe più difficile raggiungere la soglia prefissata entro il periodo di riferimento².

Oltre all'effetto *lock-in*, gli sconti retroattivi comportano il c.d. *suction effect*, il quale emerge in prossimità del target d'acquisto (sebbene, in realtà, i due effetti abbiano origine nel medesimo fenomeno). Difatti, una volta che il cliente ha raggiunto un ammontare di acquisti prossimo alla soglia prefissata, un incremento marginale nel volume di unità acquistate è sufficiente a innescare retroattivamente lo sconto su tutti gli acquisti precedenti. Perciò, il prezzo incrementale, ovvero il prezzo che il cliente deve implicitamente corrispondere per le unità marginali necessarie a raggiungere la soglia, può risultare inferiore sia al prezzo di listino che al prezzo scontato (cfr. Formula 1)³. Inoltre, data la natura non lineare e retroattiva dello sconto, l'esborso totale che il cliente deve sostenere incontra una discontinuità in corrispondenza della soglia. Infatti, se il target d'acquisto è raggiunto, la spesa totale può scendere a un livello inferiore a quello antecedente il raggiungimento della soglia. Di conseguenza, in merito al prezzo incrementale, è possibile affermare che: in primo luogo, può essere inferiore al livello dei costi, se non

² G. Faella, *The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates*, in «Journal of Competition Law & Economics», vol. 4, n. 2, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 377.

³ F.P. Maier-Rigaud, *Switching Costs in Retroactive Rebates – What's Time Got to Do with It?*, in «European Competition Law Review», vol. 26, n. 5, 2005, p. 274; *supra* nota 2.

addirittura negativo, pur non risultando predatorio il prezzo medio scontato (cfr. Esempio 1)⁴; in secondo luogo, si riduce all'aumentare del tasso di sconto, delle unità marginali e delle unità totali necessarie per raggiungere la soglia prefissata (cfr. fig. 1)⁵.

Formula 1 – *Prezzo incrementale*

$$P^l = P^l[X_m - (r \times X_t)] / X_m$$

P^l = prezzo incrementale

P^l = prezzo di listino

r = tasso di sconto

X_m = unità marginali per raggiungere la soglia prefissata

X_t = unità totali per raggiungere la soglia prefissata

Esempio 1 – *Prezzo incrementale e prezzo predatorio*

L'impresa offre al cliente un'unità di prodotto, il cui costo medio totale è di 0,90 €, a un prezzo di listino di 1 €. In aggiunta, l'impresa propone uno sconto retroattivo del 5% nel caso in cui il cliente raggiunga una soglia di 1.000 unità. Pertanto, se il cliente aumenta l'ammontare di unità acquistate da 999 a 1.000, la spesa totale si riduce da 999 € a 950 €, il che implica che il prezzo incrementale calcolato sull'ultima unità è negativo (applicando la Formula 1 sopra riportata: $1[1 - (5\% \times 1.000)] / 1 = -49$), sebbene il prezzo medio scontato, che risulta pari a 0,95 € (950 €/1.000 unità), non sia predatorio, essendo superiore al costo medio totale pari a 0,90 €.

In relazione al periodo temporale, lo *switching cost* dovuto all'effetto *suction* risulta piuttosto moderato per i primi acquisti ed estremamente elevato in prossimità della soglia, in corrispondenza della quale può portare a un prezzo incrementale negativo. Il tasso di sconto che l'impresa rivale deve proporre al cliente dipende infatti dal numero di unità rispetto alle quali può recuperare e spalmare lo sconto totale, il quale dipende a sua volta dal periodo dell'anno in cui l'impresa rivale riesce a convincere il cliente a cambiare fornitore. Con l'avvicinarsi della scadenza del periodo di riferimento, l'impresa rivale sarà allora costretta a offrire un prezzo sempre più basso⁶. Inoltre, nel caso in cui il target d'acquisto sia fissato dal fornitore pari a un livello superiore al fabbisogno totale del cliente, l'effetto *suction* può risultare persino più gravoso, spingendo il cliente ad acquistare un volume di unità superiore a quanto effettivamente necessita oppure a quanto acquisterebbe in assenza dello sconto retroattivo.

⁴ G. Federico, *When Are Rebates Exclusionary?*, in «European Competition Law Review», vol. 26, n. 9, 2005, p. 477.

⁵ F.P. Maier-Rigaud, *Article 82 Rebates: Four Common Fallacies*, in «European Competition Journal», vol. 2, n. 2, 2006, p. 87.

⁶ J. Kallaugher, B. Sher, *Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse under Article 82*, in «European Competition Law Review», vol. 25, n. 5, 2004, p. 267.

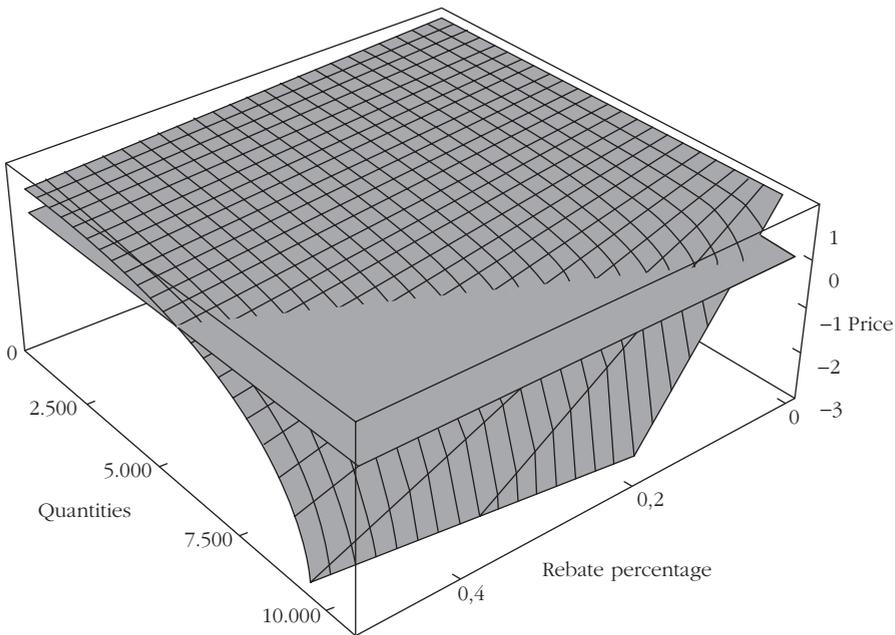


FIG. 1. Prezzo incrementale ed effetto *suction*.

Nota: La figura illustra l'effetto *suction* relativo a uno sconto retroattivo avente le seguenti caratteristiche: 1) tasso di sconto variabile tra 0% e 50%; 2) prezzo base normalizzato pari ad 1; 3) soglia d'acquisto pari a 10.000 unità. L'area a quadri rappresenta il prezzo che un concorrente deve offrire al fine di lasciare il cliente indifferente tra la sua offerta e lo sconto retroattivo proposto dall'impresa rivale. Come si evince dalla figura, il prezzo che il concorrente deve fissare diminuisce all'aumentare del tasso di sconto offerto e del livello di vendite realizzato dall'impresa rivale, fino a divenire negativo nell'istante in cui scende al di sotto del piano a tinta unita.

3. Linee guida per l'applicazione dell'art. 102 TFUE

Nelle linee guida per l'applicazione dell'art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)⁷ viene proposto un c.d. *as-efficient competitor test* per valutare le condizioni in base alle quali uno schema fidelizzante offerto da un'impresa dominante produce un'esclusione attuale o potenziale. A seguito dell'ulteriore divieto contro sconti retroattivi proposti da un'impresa dominante confermato nei noti casi *British Airways*⁸ e

⁷ Commissione Europea, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, in «Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea», 2009/C 45/02, 24 febbraio 2009.

⁸ Decisione della Commissione del 14 luglio 1999, *Virgin-British Airways*, Caso IV/D-2/34.78, in «Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee», 2000/74/Ec L 30/1, 4 febbraio 2010.

*Michelin IP*⁹, un numero significativo di commentatori accademici ha iniziato infatti a evidenziare come un approccio economico, malgrado la perdita di un regime di certezza legale sì completo tuttavia imperfetto, fosse sicuramente più adatto per implementare correttamente un vaglio antitrust della pratica commerciale in questione, in particolar modo considerate le sue potenziali efficienze e il suo trasversale utilizzo in tutti i settori industriali. Nel caso in cui uno sconto retroattivo causi soltanto un effetto escludente minimo e dunque trascurabile, una regola che ne analizzasse meramente la forma impedirebbe comportamenti benefici per il processo concorrenziale, come, ad esempio, l'eliminazione dei fenomeni di c.d. *double marginalization* e *free-riding*, così come il recupero dei costi fissi di produzione.

In termini generali, è importante rilevare come nei recenti orientamenti la Commissione compia un passo in avanti verso l'adozione di un reale approccio economico. Da un lato, afferma che una pratica fidelizzante può produrre effetti escludenti comparabili a quelli prodotti da un obbligo d'acquisto in esclusiva, anche senza dover necessariamente comportare una perdita di profitti. Altresì, dichiara che un'impresa dominante può sfruttare la parte della domanda aperta alla concorrenza come leva per diminuire il prezzo sulla porzione preclusa, aumentando così il suo livello di profitti totali (linee guida, paragrafi 37 e 39). Dall'altro lato, ammette apertamente che gli effetti *lock-in* e *suction* risultano massimi in prossimità della soglia prefissata. In termini pratici, dunque, la mera esistenza di volumi di prodotto venduti a un prezzo scontato molto basso, il che potrebbe derivare da un prezzo incrementale negativo, non costituisce condizione sufficiente per dichiarare che un concorrente altrettanto o persino più efficiente è soggetto a una preclusione anticoncorrenziale. Al contrario, al fine di accertare se vi sia il rischio di un effetto escludente rispetto a concorrenti attuali o potenziali, è necessario realizzare una valutazione completa dell'impatto del sistema di sconti dell'impresa dominante (linee guida, paragrafo 40).

Inoltre, la Commissione sottolinea correttamente come l'apprezzamento della struttura di uno sconto fedeltà dipenda fortemente dalla natura della soglia. Come per gli obblighi d'acquisto in esclusiva, in caso di soglia individualizzata, tipicamente definita come una percentuale del fabbisogno d'acquisto del cliente o come un volume d'acquisto specifico, l'effetto fidelizzante è massimo, dal momento che è plausibile ipotizzare che l'impresa dominante sia in grado di fissare il target d'acquisto a un livello corrispondente all'intera domanda del cliente. Invece, in caso di soglia standardizzata, comunemente espressa come un volume d'acquisto generico e uguale per tutti i clienti, l'effetto fidelizzante può risultare elevato per i piccoli clienti

⁹ Decisione della Commissione del 20 giugno 2001, *Po – Michelin*, Caso COMP/E-2/36.041, in «Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee», 2002/405/Ec L 143/1, 31 maggio 2002.

e ridotto per i grandi clienti. La Commissione è giustamente propensa a intervenire soltanto quando la soglia standardizzata rispecchi il fabbisogno d'acquisto di una porzione sostanziale della domanda totale (linee guida, paragrafo 45).

3.1. Fase uno del test del concorrente altrettanto efficiente: stima della domanda contendibile

Nella prima fase del test proposto dalla Commissione, per uno sconto incrementale, il livello di vendite che è necessario considerare al fine di verificare la natura anticoncorrenziale o proconcorrenziale dello schema fidelizzante è normalmente uguale alla parte delle vendite realizzate al di sopra della soglia prefissata. Al contrario, per uno sconto retroattivo, è richiesto di stimare la porzione contendibile della domanda di mercato, ovvero la parte delle vendite rispetto alla quale un'impresa rivale potrebbe realisticamente competere contro l'impresa dominante. Nel caso in cui il cliente possa trasferire una porzione elevata della sua domanda verso un concorrente attuale o potenziale, la parte delle vendite rilevanti risulterebbe elevata. Al contrario, nel caso in cui il cliente possa trasferire soltanto una porzione limitata della sua domanda, la parte delle vendite rilevanti risulterebbe ridotta.

La condizione essenziale per uno sconto retroattivo per generare un rischio di esclusione anticoncorrenziale è dunque il controllo da parte dell'impresa dominante di una porzione sostanziale del fabbisogno d'acquisto del cliente, ovvero la c.d. *assured base of sales*. Come nel caso dei contratti d'esclusiva, i fattori chiave che consentono all'impresa dominante di beneficiare di una quota inelastica della domanda possono essere diversi, tra cui, ad esempio, una fedeltà di marchio dovuta all'esigenza da parte dei distributori e dei rivenditori di offrire articoli *must-stock* prodotti dalle imprese dominanti, effetti reputazionali che impediscono ai concorrenti di vendere elevati volumi di unità prima che il proprio prodotto venga testato dai clienti, *switching costs* sofferti dai consumatori oppure vincoli di capacità produttiva subiti dalle imprese rivali (linee guida, paragrafo 36). L'esistenza di una base di vendite assicurata rispetto alla quale l'impresa dominante detiene un significativo potere di mercato implica che il cliente è costretto in ogni caso a soddisfare un certo ammontare del suo fabbisogno d'acquisto dall'impresa dominante, malgrado la possibilità da parte di un'impresa rivale di offrire un prodotto di qualità più elevata a un prezzo più basso. È pertanto la presenza di una base di vendite assicurata a vantaggio dell'impresa dominante il fattore chiave che rende impossibile per un'impresa rivale adottare una politica di sconti più aggressiva di quella dell'impresa dominante, eventualmente soddisfacendo l'intera domanda di mercato, se non a costo di subire perdite (come si avrà modo di osservare nel prosieguo).

3.2. Fase due del test del concorrente altrettanto efficiente: stima del prezzo effettivo

Nella seconda fase del test delineato dalla Commissione, in caso di sconti retroattivi, è richiesto di stimare il prezzo medio che un concorrente deve offrire al cliente per compensarlo della perdita dello sconto proposto dall'impresa dominante (in caso di sconti incrementali, il prezzo effettivo è uguale al prezzo scontato concesso per le unità addizionali acquistate al di sopra della soglia prefissata). A tal proposito, è importante distinguere due caratteristiche relative al prezzo compensativo che l'impresa rivale deve fissare. In prima istanza, non risulta pari al prezzo scontato offerto dall'impresa dominante, che invece è pari alla differenza tra il prezzo di listino e il premio riconosciuto su tutti gli acquisti precedenti. Infatti, l'impresa rivale può rimborsare il cliente dello sconto perso dall'impresa dominante soltanto contando sulla porzione contendibile della domanda. Pertanto, il prezzo effettivo che l'impresa rivale deve garantire per contrastare il prezzo scontato dell'impresa dominante risulterà senz'altro inferiore a quest'ultimo. In seconda istanza, cresce all'aumentare del livello di vendite realizzate dall'impresa rivale e quindi all'aumentare della dimensione della domanda contendibile, in quanto il concorrente è progressivamente in una posizione migliore, avendo a disposizione un maggior numero di unità, per recuperare lo sconto offerto dall'impresa dominante e perso dal cliente.

È possibile illustrare graficamente il rapporto esistente tra il prezzo effettivo (espresso in termini percentuali rispetto al prezzo scontato proposto dall'impresa dominante) e il livello delle vendite (espresso in termini percentuali rispetto alla domanda totale del cliente) che l'impresa rivale, rispettivamente, deve offrire e realizzare al fine di lasciare il cliente indifferente tra le due proposte (cfr. fig. 2)¹⁰. In ogni caso, il livello di vendite che l'impresa rivale può raggiungere dipende dalla porzione contendibile della domanda. Assumendo, ad esempio, nella figura 2, che la domanda contendibile sia pari al 40% della domanda totale e che il tasso di sconto offerto dall'impresa dominante sia pari al 15% del prezzo di listino, la curva rappresentante il prezzo effettivo indica che l'impresa rivale deve offrire un prezzo compensativo pari al 73,50% del prezzo scontato e al 62,50% del prezzo di listino, il che a sua volta è pari a uno sconto del 37,50% rispetto al prezzo di listino. Nell'esempio, pertanto, è possibile osservare come l'esistenza di una porzione limitata di domanda contendibile influenzi fortemente la capacità di un concorrente di competere contro un'impresa dominante. Difatti, l'impresa rivale dovrebbe più che duplicare lo sconto offerto dall'impresa dominante per rimanere competitiva sul mercato rilevante.

In termini analitici, il prezzo effettivo che un'impresa rivale deve offrire per contrastare lo schema fidelizzante proposto dall'impresa dominante può

¹⁰ G. Federico, *The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts in Europe: Towards a More Economic Approach*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 2, n. 3, 2011, p. 284.

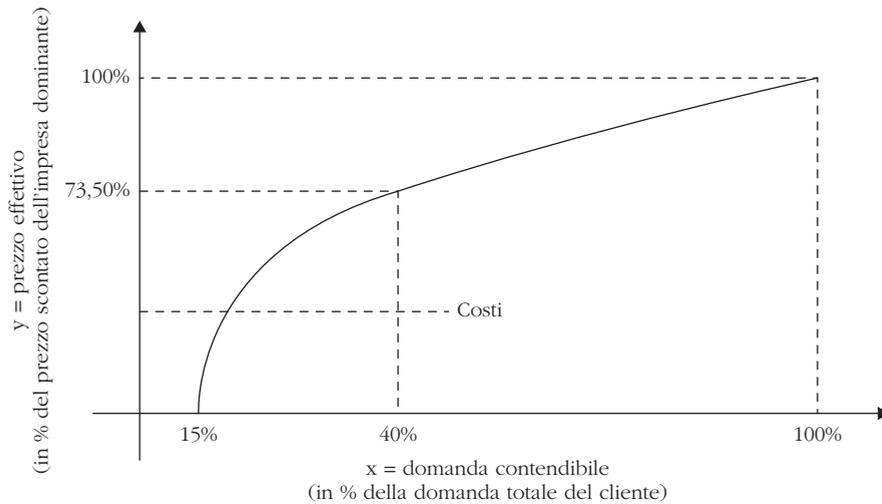


FIG. 2. Domanda contendibile e prezzo effettivo.

essere espresso dall'equazione qui sotto riprodotta (cfr. Formula 2)¹¹. Analizzando la formula, è possibile comprendere perché un sistema di sconti non produca distorsioni concorrenziali se un'impresa rivale può competere in eguali termini contro un'impresa dominante per il soddisfacimento del fabbisogno d'acquisto totale di un cliente. Infatti, se l'impresa dominante non beneficia di una base di vendite assicurata, il che implica che una distinzione tra domanda contendibile e non contendibile non è necessaria, il prezzo che l'impresa rivale deve offrire per rimanere competitiva è esattamente pari al prezzo scontato proposto dall'impresa dominante. Di conseguenza, il tipo di concorrenza di prezzo che ne deriva aumenta piuttosto che ridurre il livello di benessere generale.

Formula 2 – *Prezzo effettivo*

$$P^E = P^L[X - r(X + Y)] / X$$

$$D = X + Y = 1$$

$$P^E = P^L[1 - (r / X)]$$

P^E = prezzo effettivo

P^L = prezzo di listino

r = tasso di sconto

D = domanda totale

X = porzione di domanda contendibile

Y = porzione di domanda non contendibile

¹¹ *Supra* nota 3.

Poiché la finalità ultima del test promosso dalla Commissione è di valutare se il prezzo effettivo risultante dall'adozione di una pratica fidelizzante da parte di un'impresa dominante possa essere contrastato da un concorrente altrettanto o più efficiente utilizzando la porzione contendibile della domanda, è necessario, quale passaggio finale, comparare il valore del prezzo compensativo con un costo di produzione di riferimento. Nel test in questione, così come nel caso di discriminazione di prezzo, il livello di costi impiegato per distinguere tra forme di sconto anticoncorrenziali e proconcorrenziali è quello relativo all'impresa dominante. Le motivazioni essenziali che giustificano l'impiego della struttura di costi dell'impresa dominante e non dell'impresa rivale come termine di confronto appaiono essere le seguenti: il test mira a salvaguardare solamente i concorrenti efficienti quanto l'impresa dominante; l'utilizzo della struttura di costo dell'impresa dominante consente di stabilire se la sua condotta comporta un sacrificio di profitti, nel qual caso è possibile giudicare la stessa come escludente; il fatto che l'impresa dominante non può conoscere i costi di produzione sopportati dai propri concorrenti.

In tale contesto, due risultano essere le regole principali per valutare l'effetto escludente prodotto da uno sconto retroattivo nei confronti di concorrenti attuali o potenziali: se il prezzo effettivo associato alla domanda contendibile è inferiore al Costo Evitabile Medio (CEM) dell'impresa dominante, allora lo sconto retroattivo è da giudicarsi capace di escludere un concorrente altrettanto o più efficiente e perciò deve essere ritenuto abusivo; se il prezzo effettivo è compreso tra il Costo Evitabile Medio (CEM) e il Costo Incrementale Medio di Lungo Periodo (CIMLP) dell'impresa dominante, allora è possibile presumere che lo sconto retroattivo non sarà normalmente capace di generare una presclusione anticoncorrenziale, dal momento che un concorrente altrettanto o più efficiente sarebbe in grado di rimanere competitivo sul mercato rilevante malgrado la presenza dello schema fidelizzante.

4. Valutazione critica del test del concorrente altrettanto efficiente

Sebbene parte delle critiche rivolte al test sviluppato dalla Commissione nelle sue linee guida appaia piuttosto condivisibile (in essenza, la complessità di stimare il prezzo effettivo), la proposta frequentemente avanzata nel dibattito accademico da parte di numerosi commentatori di abolire completamente il modello basato sul concetto di domanda contendibile e di adottare, sulla falsariga del sistema antitrust statunitense, un test di predatorietà standard¹², sembra non giustificata da un punto di vista economico. Per quanto un test di predatorietà sarebbe certamente più facile da implementare, allo stesso

¹² B. Sher, *Leveraging Non-Contestability: Exclusive Dealing and Rebates under the Commission's Article 82 Guidance*, in «Antitrust Chronicle», vol. 2, n. 1, 2009, p. 8.

tempo rischierebbe di essere eccessivamente semplificato e di causare falsi negativi, giudicando lecite condotte in realtà dirette a escludere o a eliminare un concorrente (cfr. Esempio 2)¹³.

Esempio 2 (parte I) – *Test della domanda contendibile e test di predatorietà standard*

L'impresa dominante offre al cliente un'unità di prodotto, il cui costo medio totale è di 0,90 €, a un prezzo di listino di 1 €. In aggiunta, il fabbisogno totale del cliente è pari a 120 unità e l'impresa dominante propone uno sconto retroattivo del 5% se il cliente raggiunge una soglia di 100 unità. Contemporaneamente, un concorrente altrettanto efficiente, il quale può soddisfare potenzialmente un massimo di 40 unità (i.e., la porzione contendibile della domanda del cliente) delle 120 unità disponibili (i.e., la domanda totale del cliente) desidera entrare nel mercato rilevante. Tuttavia, applicando un test di predatorietà alla soglia prefissata, lo sconto retroattivo dell'impresa dominante non verrebbe giudicato escludente, poiché l'impresa dominante sarebbe in grado di sostenere un livello di costi totali pari a 90 € (vendite totali per costo medio totale: $100 \times 0,90$ €) e di ottenere un livello di ricavi totali pari a 95 € (vendite totali realizzate al prezzo di listino, al netto del tasso di sconto applicato alle vendite totali: 100×1 € – $100 \times 5\%$), per un livello di profitti totali pari a 5 €. Pertanto, lo sconto retroattivo offerto dall'impresa dominante, non comportando un sacrificio di profitti, verrebbe considerato lecito.

Un test di predatorietà rischierebbe di trascurare l'importanza del fattore scala di produzione, non attuando un'analisi che correttamente valuti il ruolo del concorrente altrettanto efficiente. Difatti, è improbabile che un'impresa rivale sia capace di rimanere competitiva sul mercato facendo affidamento solamente sul volume di unità corrispondente alla differenza tra la domanda totale del cliente e il target d'acquisto prefissato dall'impresa dominante. Anche se l'impresa rivale mirasse a vendere esclusivamente le unità incrementali al di sopra della soglia prefissata, risultando così costretta a contrastare solamente il prezzo scontato dell'impresa dominante e non il più basso prezzo effettivo richiesto per compensare il cliente della perdita dello sconto proposto dall'impresa dominante, probabilmente non riuscirebbe a sopravvivere nel lungo periodo, dal momento che non sarebbe in grado di raggiungere una scala di produzione efficiente. Pertanto, è plausibile assumere che il concorrente, al fine di raggiungere una scala di operazioni ottimale, sarebbe costretto ad offrire un volume di unità superiore alle unità incrementali.

Esempio 2 (parte II) – *Test della domanda contendibile e test di predatorietà standard*

Poiché la domanda totale del cliente è pari a 120 unità e la soglia prefissata dall'impresa dominante è pari a 100 unità, se l'impresa rivale compete soltanto per il

¹³ J. Temple Lang, A. Renda (a cura di), *Treatment of Exclusionary Abuses under Article 82 of the Ec Treaty*, Bruxelles, Centre for European Policy Studies, 2009, pp. 46-48.

volume di unità al di sopra della soglia, ovvero 20 unità, il cliente può acquistare 100 unità e continuare a beneficiare dello sconto retroattivo dell'impresa dominante. Pertanto, il prezzo che l'impresa rivale deve contrastare è pari a 0,95 €, ovvero il prezzo scontato che il cliente corrisponde all'impresa dominante per le unità incrementali. Tuttavia, l'impresa rivale, al fine di raggiungere la sua scala di produzione efficiente e di rimanere competitiva sul mercato, potrebbe essere costretta a vendere un volume di unità superiore alle unità incrementali. Ciononostante, contando soltanto sulla domanda contendibile, che risulta pari a 40 delle 120 unità totali, l'impresa rivale sarebbe obbligata a offrire al cliente un prezzo effettivo pari a 0,85 € (applicando la Formula 2 sopra riportata: $1[1 - (5/33\%)]$), risultando la porzione contendibile della domanda pari a $40/120$), il che non è sufficiente per coprire il costo medio totale pari a 0,90 €. Ne deriva che l'impresa rivale sosterebbe costi totali pari a 36 € (vendite totali delle unità della domanda contendibile per costo medio totale: $40 \times 0,90$ €) e otterrebbe ricavi totali pari a 34 € (vendite totali delle unità della domanda contendibile per prezzo effettivo: $40 \times 0,85$ €), per un livello finale di profitti negativi pari a 2 €. Infatti, l'impresa rivale necessiterebbe di vendere almeno 60 unità ($[1 - (5/50\%)] = 0,90$ €, essendo pari al 50% ($60/120$) la quota di mercato che l'impresa rivale deve rifornire per raggiungere la sua scala di produzione efficiente), al fine di offrire un prezzo uguale al costo medio totale, pur sostenendo gli stessi costi dell'impresa dominante (costo medio totale per unità pari a 0,90 € per entrambe le imprese).

Come dimostrato dall'esempio, il fatto che la domanda contendibile non sia sufficientemente grande da consentire all'impresa rivale di raggiungere la sua scala di produzione ottimale, impedisce a un concorrente altrettanto efficiente di competere per la porzione di mercato aperta alla concorrenza. È per tale motivo che l'applicazione di un test di predatorietà risulterebbe errata, poiché rischierebbe di giudicare lecito uno sconto retroattivo in realtà capace di escludere un concorrente efficiente.

5. Casistica giurisprudenziale nel diritto della concorrenza europeo: il caso *Tomra*

Nel 2006, la Commissione Europea ha comminato una sanzione amministrativa pari a 24 milioni di euro al gruppo multinazionale Tomra per violazione delle norme europee sulla concorrenza, avendo abusato della sua posizione dominante per mezzo di una combinazione di condotte proibite capaci di escludere concorrenti dal mercato rilevante delle cosiddette macchine automatiche per la raccolta di contenitori per bevande, generalmente installate presso supermercati a fini di riciclaggio¹⁴. Le infrazioni, commesse da Tomra e identificate dalla Commissione a seguito di una denuncia presentata dal produttore tedesco Prokent, consistevano principalmente nell'implementazione

¹⁴ Decisione della Commissione del 29 marzo 2006, *Prokent-Tomra*, Caso COMP/E-1/38.113, C(2006)734.

di un sistema di contratti commerciali che includevano pratiche classificabili come accordi di esclusiva, impegni in materia di volumi di acquisti e sconti retroattivi individualizzati e che venivano impiegati per la vendita delle suddette macchine a catene della grande distribuzione organizzata attive in 5 mercati nazionali (*i.e.*, Austria, Germania, Norvegia, Paesi Bassi, Svezia). La Commissione ha stabilito che, durante il periodo oggetto dell'indagine (1998-2002), le quote di mercato detenute da Tomra erano state in media pari all'80% e che le pratiche contestate erano state in grado di precludere all'incirca il 40% della domanda totale.

L'interesse particolare generato dal caso *Tomra* nella comunità antitrust internazionale è dovuto al fatto che rappresenta il primo procedimento ove le istituzioni europee vengono chiamate a rievocare rispetto a schemi fidelizzanti il nuovo approccio basato sugli effetti, dapprima delineato nel *discussion paper* (2005)¹⁵ e successivamente adottato nel *guidance paper* (2009). Tuttavia, alla luce di un esame critico sia della decisione assunta dalla Commissione che delle sentenze rese dal Tribunale (2010)¹⁶ e dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (2012)¹⁷, sarà possibile affermare come il test proposto per verificare la presenza di una preclusione anticoncorrenziale sia stato soltanto parzialmente applicato al caso in questione.

5.1. La decisione della Commissione Europea (2006)

In un articolo pubblicato sulla rivista «Competition Policy Newsletter» edita dalla Direzione Generale per la Concorrenza (DG COMP)¹⁸, membri dell'ufficio istruttorio che si è occupato del caso *Tomra* offrono la possibilità di meglio comprendere e ricostruire il ragionamento economico sviluppato dalla Commissione per la decisione in oggetto. L'analisi combinata dei due documenti risulta dunque essenziale per esaminare l'applicazione del nuovo approccio *effects-based* realizzata nel caso in questione rispetto a sconti retroattivi. Pertanto, nella presente sezione, l'attenzione verrà concentrata sulla valutazione economica compiuta e introdotta dalla Commissione, mentre nella sezione successiva, l'interesse sarà rivolto alla valutazione giuridica confermata ed estesa dal Tribunale.

5.1.1. Il ragionamento economico sviluppato da Tomra

La memoria economica presentata da Tomra assume il seguente scenario. Un'impresa dominante offre al cliente un'unità di prodotto al prezzo di

¹⁵ Commissione Europea, *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*, Bruxelles, Belgio, Commissione Europea, 2005.

¹⁶ Sentenza del Tribunale del 9 settembre 2010, *Tomra Systems e a./Commissione*, Causa T-155/06, in «Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea», 2010/C 288/31, 23 ottobre 2010.

¹⁷ Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 19 aprile 2012, *Tomra Systems e a./Commissione*, Causa C-549/10 P, in «Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea», 2012/C 165/6, 9 giugno 2012.

¹⁸ F.P. Maier-Rigaud, D. Vaigauskaite, *Prokent/Tomra, a Textbook Case? Abuse of Dominance under Perfect Information*, in «Ec Competition Policy Newsletter», n. 2, 2006, pp. 23-24.

listino di 1 €. In aggiunta, il fabbisogno totale del cliente è pari a 120 unità e l'impresa dominante propone uno sconto retroattivo del 10% se il cliente raggiunge una soglia di 100 unità. Inoltre, il report economico ipotizza il caso estremo in cui l'effetto *suction* prodotto dallo sconto retroattivo è massimo, ovvero in corrispondenza dell'ultima unità precedente la soglia prefissata (*i.e.*, un ammontare di unità acquistate dal cliente pari a 99). Perciò, se il cliente aumenta la quantità di unità acquistate da 99 a 100, l'impresa riconosce lo sconto, il cliente corrisponde un prezzo negativo di 9 € per la 100^a unità e i ricavi totali per l'impresa si riducono da 99 € a 90 €. Di conseguenza, potendo contare soltanto sulla domanda contendibile, che risulta pari a 21 delle 120 unità totali, un'impresa rivale sarebbe obbligata a offrire al cliente un prezzo effettivo pari a 0,43 € (applicando la Formula 2 sopra riportata: $1[1 - (10 / 17,5\%)]$), risultando la porzione contendibile della domanda pari a 21/120). Pertanto, secondo Tomra, seppur calcolato sull'ultima unità, il prezzo effettivo che l'impresa rivale dovrebbe offrire risulterebbe accessibile per qualsiasi concorrente, essendo sufficiente a coprire il costo medio totale di produzione (la memoria economica pare suggerire che il costo medio totale sostenuto da Torma sia inferiore a 0,43 €).

La figura 3 *b*) illustra il prezzo effettivo che l'impresa rivale deve offrire per compensare il cliente della perdita dello sconto proposto dall'impresa dominante¹⁹. Oltre a ciò, il grafico mostra altri due scenari estremi. Da un lato, se l'impresa rivale compete soltanto per le unità al di sopra della soglia prefissata, ovvero per 20 unità, allora il cliente potrà acquistare 100 unità e continuare a beneficiare dello sconto retroattivo dell'impresa dominante. Pertanto, il prezzo che l'impresa rivale deve contrastare è pari a 0,90 €, ovvero il prezzo scontato che il cliente corrisponde all'impresa dominante per le unità incrementali una volta raggiunto il target d'acquisto. Dall'altro lato, se l'impresa rivale è in grado di competere per l'intero fabbisogno d'acquisto del cliente, ovvero per 120 unità, allora lo sconto retroattivo offerto dall'impresa dominante perde il suo effetto fidelizzante, trasformandosi in una riduzione di prezzo. Di nuovo, il prezzo che l'impresa rivale deve contrastare, al fine di sottrarre il cliente all'impresa dominante, è pari a 0,90 €.

Nell'intervallo compreso tra i due casi estremi, l'impresa rivale è obbligata a offrire al cliente un prezzo effettivo inferiore a 0,90 €. In particolare, maggiore è il numero di unità che l'impresa rivale riesce a vendere, più elevato sarà il prezzo che può fissare, in quanto gradualmente in una posizione migliore, avendo a disposizione un numero superiore di unità, per recuperare e spalmare lo sconto perso dal cliente. Al contrario, nel peggiore

¹⁹ RBB Economics, *Tomra: Rolling Back Form-Based Analysis of Rebates?*, RBB Brief 21, 2007, disponibile sul sito internet www.rbbecon.com, pp. 1-2.

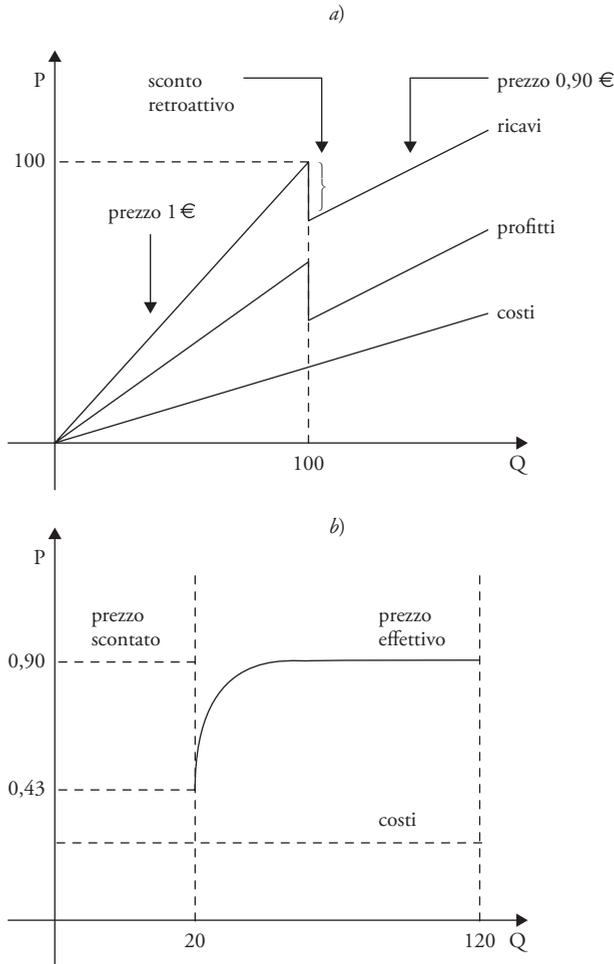


FIG. 3. Il ragionamento economico sviluppato da Tomra.

dei casi, ovvero qualora l'impresa rivale abbia soltanto un'unità addizionale sopra la quale spalmare lo sconto (*i.e.*, 21 unità vendute dall'impresa rivale e 99 unità vendute dall'impresa dominante), l'impresa rivale, al fine di lasciare indifferente il cliente tra la sua offerta e quella proposta dall'impresa dominante, deve ridurre il suo prezzo fino al livello minimo pari a 0,43 €.

Quello che emerge è che la linea difensiva presentata da Tomra è essenzialmente basata sull'analisi del prezzo medio che l'impresa rivale deve offrire per compensare il cliente dello sconto proposto dall'impresa dominante. A tal fine, l'attenzione è riposta dunque sul prezzo medio per unità, benché in linea teorica, l'impresa rivale potrebbe adottare una politica di prezzo non lineare, fissando un certo prezzo per le 20 unità al di sopra della soglia e un

prezzo differente per le unità al di sotto della stessa. In ogni caso, finalità ultima del ragionamento economico sviluppato da Tomra è dimostrare che un concorrente altrettanto efficiente sarebbe in grado di competere profittevolmente, coprendo i costi di produzione, anche nel peggiore dei casi, ovvero allorquando venda un ammontare di unità appena sufficiente ad impedire al cliente di beneficiare dello sconto retroattivo e perciò nel caso in cui è costretto a fissare il prezzo pari al suo livello minimo sostenibile.

5.1.2. Il ragionamento economico sviluppato dalla Commissione Europea

La Commissione rifiuta l'analisi proposta da Tomra, dal momento che il comportamento dell'impresa rivale non tenderebbe a massimizzare il suo livello di profitti totali, essendo costretto a contrastare soltanto il prezzo scontato dell'impresa dominante (*i.e.*, 0,90 €), ma non a offrire il prezzo effettivo che compenserebbe il cliente per la perdita dello sconto (*i.e.*, 0,43 €). Difatti, rinunciando a offrire l'ultima unità, l'impresa rivale otterrebbe ricavi totali pari a 18 € (vendite totali delle unità al di sopra della soglia per prezzo scontato $20 \times 0,90$ €), invece che pari a 9 € (vendite totali delle unità al di sopra della soglia più unità marginale, il tutto per prezzo effettivo: $21 \times 0,43$ €). Inoltre, non soltanto l'impresa rivale perderebbe ricavi vendendo l'unità marginale a un prezzo incrementale negativo, bensì esonererebbe l'impresa dominante dal concedere lo sconto, incrementando così il divario di profitti tra i due concorrenti²⁰.

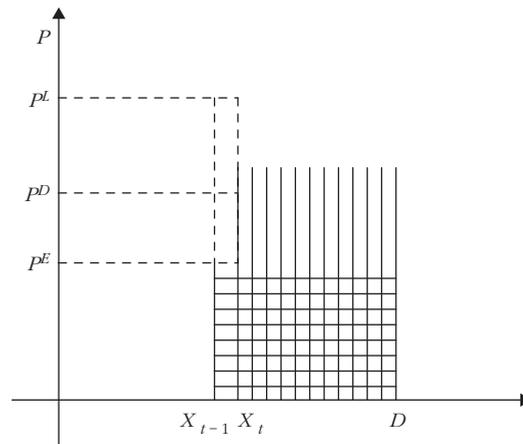
La figura 4 illustra il più elevato livello di ricavi totali che un'impresa rivale otterrebbe nel caso in cui rinunciasse a offrire l'unità marginale e vendesse soltanto le unità al di sopra della soglia prefissata al prezzo scontato (cfr. area tratteggiata con linee verticali), rispetto al più basso livello di ricavi totali che un'impresa rivale otterrebbe nel caso in cui vendesse anche l'unità marginale al prezzo effettivo, contrastando lo sconto retroattivo offerto dall'impresa dominante (cfr. area tratteggiata con linee orizzontali)²¹.

5.1.3. Valutazione critica

La decisione con cui la Commissione respinge la tesi avanzata da Tomra è principalmente basata sulla constatazione per cui lo sconto retroattivo offerto dall'impresa dominante risulta potenzialmente in grado di forzare l'impresa ri-

²⁰ La Commissione spiega nei seguenti termini perché compensare e contrastare lo sconto retroattivo, sostenendo una perdita a margine, risulterebbe contrario a un principio di razionalità individuale e pertanto illogico da un punto di vista economico: «Selling all $D - (T - 1)$ units implies making profits of $(D - T)p^*$ minus the negative price of the marginal unit before the threshold. This clearly violates individual rationality. [...] It makes no sense to behave like this because by taking the unnecessary loss of selling the marginal unit, the incumbent avoids paying out the rebate. In fact, stepping in with a negative price saves the incumbent from paying out the rebate» (paragrafi 388-389 della decisione della Commissione).

²¹ *Supra* nota 15.



P^L = prezzo di listino

P^D = prezzo scontato

P^E = prezzo effettivo

D = domanda totale

X_t = unità totali necessarie per raggiungere la soglia prefissata

FIG. 4. Il ragionamento economico sviluppato dalla Commissione Europea.

vale ad adottare un comportamento irrazionale, sostenendo una perdita non necessaria e rinunciando a un più elevato livello di profitti totali. Tuttavia, l'approccio adottato dalla Commissione, poiché si focalizza esclusivamente sull'unità marginale antecedente la soglia prefissata e sembra considerare un prezzo negativo per l'ultima unità come sintomo di un'esclusione concorrenziale, rischia di stabilire un divieto per sé verso qualsiasi tipo di sconto retroattivo.

In relazione all'esempio teorico avanzato da Tomra e respinto dalla Commissione, due considerazioni appaiono necessarie. In primo luogo, assumendo ai fini della presente analisi critica che il costo medio totale per unità sia pari a 0,30 €, soltanto se la base di vendite assicurata fosse pari almeno a 86 unità, lo sconto retroattivo obbligherebbe l'impresa rivale a offrire un prezzo sottocosto (applicando la Formula 2 sopra riportata: $[1 - (10/14\%)] = 0,29$ €, risultando la porzione contendibile della domanda del cliente pari a 14/100). È importante notare come nella nostra analisi, quale ipotesi conservativa, prendiamo in considerazione soltanto le unità contendibili al di sotto della soglia prefissata (*i.e.*, 14 unità) e non, come Tomra sembra assumere, anche le unità al di sopra della soglia (*i.e.*, 20 unità; poiché il fabbisogno d'acquisto totale del cliente è pari a 120 unità e la soglia fissata dall'impresa dominante è pari a 100 unità, secondo il ragionamento di Tomra, l'impresa rivale potrebbe recuperare lo sconto retroattivo su un totale di 34 unità contendibili). Difatti,

giudicando le unità al di sopra della soglia come non precluse all'impresa rivale, non appare corretto dapprima considerare tali unità come aperte alla concorrenza e successivamente utilizzare le stesse unità per confutare l'esistenza di un'esclusione anticoncorrenziale, come invece Tomra sembra fare nel suo modello economico.

In secondo luogo, assumendo uno scenario maggiormente realistico ove la porzione inelastica della domanda del cliente è pari a un livello inferiore a quello presupposto da Tomra nel suo caso estremo, tale per cui un concorrente altrettanto efficiente possa competere almeno per 32 unità, il risultato sarebbe un livello di profitti più elevato per l'impresa rivale nel caso in cui contrastasse lo sconto retroattivo offerto dall'impresa dominante, rispetto al caso in cui vendesse soltanto le unità al di sopra della soglia prefissata. Infatti, nel primo caso, l'impresa rivale otterrebbe profitti totali pari a 12,4 € (unità totali al di sotto della soglia prefissata per prezzo effettivo, $32 \times 0,69$ €, il tutto al netto dei relativi costi, $32 \times 0,30$ €; applicando la Formula 2 sopra riportata, il prezzo effettivo è difatti pari a: $1[1 - (10/32\%)] = 0,69$ €, risultando la porzione contendibile della domanda pari a $32/100$), piuttosto che pari a 12 € (unità totali al di sopra della soglia prefissata per prezzo scontato, $20 \times 0,90$ €, il tutto al netto dei relativi costi, $20 \times 0,30$ €). Persino nel caso estremo in cui l'impresa dominante fissi la soglia perfettamente pari al fabbisogno d'acquisto totale del cliente, l'impresa rivale potrebbe profittevolmente contrastare lo sconto retroattivo offerto dall'impresa dominante. Infatti, se il costo medio totale è inferiore a 0,43 €, l'impresa rivale, vendendo 21 unità, otterrebbe un profitto positivo, nonostante un prezzo implicito per le prime unità negativo.

Proviamo ora ad abbandonare l'ipotesi conservativa sopra menzionata e includiamo nella nostra analisi la condizione realistica per cui l'impresa rivale possa spalmare lo sconto totale anche sulle unità al di sopra della soglia prefissata. A maggior ragione, avremo un risultato in contrasto con l'approccio seguito dalla Commissione. Due i possibili scenari. Nel primo scenario, l'impresa rivale è in grado di realizzare una discriminazione di prezzo tra unità vendute al di sopra della soglia e unità vendute al di sotto della medesima (*i.e.*, riprendendo l'esempio sopra proposto, l'impresa rivale otterrebbe un livello di profitti totali pari 24,4 €). Nel secondo scenario, l'impresa rivale non è in grado di realizzare una discriminazione di prezzo tra le due porzioni della domanda. Pertanto l'impresa rivale dovrebbe capire se otterrebbe maggiori profitti vendendo unicamente le unità al di sopra della soglia (*i.e.*, un livello di profitti totali pari a 12 €) oppure se otterrebbe maggiori profitti vendendo sia unità al di sopra della soglia che unità al di sotto della stessa a un prezzo unico effettivo valido per entrambe le porzioni della domanda.

In ogni caso, il problema principale nel ragionamento economico sviluppato per confutare la linea difensiva di Tomra risiede nella generalizzazione e sovrastima di un risultato, oltre che evidente, insufficiente per affermare

che il sistema di sconti retroattivi proposto dall'impresa dominante è capace di escludere concorrenti attuali o potenziali. Al contrario, se il prezzo che l'impresa rivale deve contrastare è calcolato soltanto su una porzione limitata di domanda contendibile, si corre addirittura il rischio di proteggere imprese inefficienti da una concorrenza di prezzo legittima.

5.2. La sentenza del Tribunale dell'Unione Europea (2010)

Nel caso *Tomra*, il Tribunale, perdendo l'opportunità di lanciare l'auspicata applicazione di un approccio economico a condotte unilaterali attuate da parte di imprese dominanti, ha confermato la casistica giurisprudenziale tradizionale, giudicando non necessario lo scrutinio degli effetti di mercato prodotti da presunti abusi. Infatti, in linea con le posizioni adottate dalla Commissione rispetto ai punti chiave del procedimento in questione, il Tribunale ha essenzialmente basato il suo giudizio sulla mera capacità delle strategie intraprese dal gruppo norvegese di escludere i principali concorrenti.

5.2.1. Intento escludente *vs* intento doloso

Il giudizio reso dal Tribunale esordisce riportando le seguenti osservazioni: uno schema di sconti che presenta un effetto escludente sul mercato rilevante deve essere considerato abusivo se è applicato da un'impresa dominante (paragrafo 211); al fine di valutare se una struttura di sconti debba essere giudicata illegale, è necessario verificare che, «a seguito di una valutazione delle circostanze», risulta «idonea» o «tenda» a ridurre il livello di concorrenza nel mercato rilevante (paragrafo 215). Pertanto, benché il Tribunale sembra riconoscere una *rule of reason* piuttosto che una *per se rule* posto il requisito di considerare «le circostanze» e «il contesto» in cui le pratiche presunte hanno avuto luogo, la sentenza in realtà non spiega quali elementi debbano essere inclusi in una valutazione delle circostanze e del contesto di mercato. Il Tribunale, invece, approvando senza alcuna obiezione l'approccio assunto dalla Commissione nella sua decisione, non fornisce alcuna ulteriore guida a riguardo. Inoltre, tale precisazione appare in contrasto con quanto giustamente dichiarato in relazione all'intento doloso. A tal proposito, il Tribunale dichiara che la Commissione non ha basato la sua decisione contro Tomra né sulla base della documentazione interna rivenuta, né sulla base delle azioni premeditate rilevate, rappresentando fatti sì utili a contestualizzare le pratiche presunte, ma senza alcun impatto sostanziale sull'individuazione dell'abuso (paragrafi 39 e 40).

5.2.2. Test del concorrente altrettanto efficiente

Nel suo ricorso, Tomra afferma che la Commissione, al fine di stabilire la presenza di una preclusione anticoncorrenziale, ha concentrato erroneamente l'attenzione sul «contenuto» degli accordi contrattuali piuttosto che sul

«contesto» dei mercati rilevanti (paragrafo 200). Di conseguenza, l'appellante avanza l'argomentazione economica secondo la quale l'estensione della sua contrattualistica non era sufficientemente ampia da avere un effetto escludente su un concorrente altrettanto efficiente. Secondo Tomra, infatti, le sue pratiche interessavano soltanto una parte limitata del mercato rilevante, mentre invece la parte residuale continuava a essere completamente contendibile (in media il 61% dei cinque mercati nazionali). Inoltre, il gruppo norvegese enfatizza il fatto per cui la Commissione, contrariamente a quanto sostenuto nel *discussion paper*, non ha verificato se le condizioni di mercato fossero tali da consentire a uno o più concorrenti di competere profittevolmente, né stimando la porzione contendibile della domanda di mercato o il livello di redditività minima, né attuando un test quantitativo per accertare empiricamente la capacità delle pratiche presunte di escludere concorrenti e danneggiare consumatori.

Sebbene l'appello presentato da Tomra fosse basato su solide basi in linea con gli orientamenti, il Tribunale ha rigettato totalmente il ricorso, affermando che l'esclusione di una parte sostanziale del mercato rilevante non può essere giustificata dimostrando che la dimensione del mercato contendibile è sufficientemente larga da permettere ad un limitato numero di imprese di competere. A tale riguardo, tre le principali motivazioni fornite dal Tribunale: in primo luogo, «i clienti che si trovano nella quota bloccata del mercato dovrebbero avere la possibilità di approfittare di ogni grado di concorrenza che sia possibile sul mercato» (paragrafo 241); in secondo luogo, «i concorrenti dovrebbero potersi dare alla concorrenza per i meriti su tutto il mercato e non soltanto su una parte di questo», così come «il ruolo dell'impresa dominante non è quello di stabilire quanti concorrenti validi siano autorizzati a farle concorrenza per la quota acquisibile della domanda che può ancora essere conquistata» (paragrafo 241); infine, «è difficile condividere l'argomento delle ricorrenti secondo il quale un concorrente può compensare i prezzi più bassi che è indotto a chiedere a un cliente per le unità al di qua della soglia vendendo unità supplementari al medesimo cliente (al di là della soglia). Infatti, la restante domanda di tale cliente è, nella migliore delle ipotesi, limitata, con la conseguenza che il prezzo medio del concorrente resta strutturalmente poco attraente» (paragrafo 270).

A tale proposito, è importante notare come le tre linee di ragionamento riportate appaiono affette da altrettanti difetti. Nella prima affermazione, il Tribunale non focalizza l'attenzione sull'esclusione del concorrente bensì su quella del cliente: dunque, sembra considerare l'esclusione di un cliente di per sé come una condotta abusiva²² (un ragionamento del genere, ad esempio,

²² A. Ryan, *Case T-155/06 Tomra v. Commission. What Exactly Are the Rules?*, in *Rebates Law Revisited? The General Court's Ruling in Tomra v. Commission*, Bruxelles, Global Competition Law Centre, 2011, 21 gennaio, p. 7.

risulterebbe estremamente pericoloso in casi di contratti d'esclusiva). Nella seconda affermazione, il Tribunale sembra assumere che qualsiasi sconto retroattivo comporti una preclusione anticoncorrenziale, quando invece dovrebbe essere presunta soltanto nel caso in cui sia offerto a gran parte della domanda. Un tale ragionamento, *in extremis*, porterebbe anche uno schema fedeltà applicato all'1% della domanda di mercato sotto lo scrutinio dell'art. 102 TFUE. Nella terza affermazione, che appare come la più problematica, il Tribunale sembra supporre che, data l'esistenza di uno sconto retroattivo e di un prezzo molto basso per le unità incrementali, il prezzo compensativo che l'impresa rivale deve offrire rimane «strutturalmente poco attraente», anche nel caso in cui l'impresa rivale sia capace di utilizzare le unità al di sopra della soglia come leva per controbilanciare e offrire un prezzo più basso per le unità al di sotto della soglia²³.

Come è stato evidenziato in precedenza, anche se il prezzo medio che un'impresa rivale deve offrire al cliente è inferiore al prezzo scontato proposto dall'impresa dominante, ciò non significa assolutamente che il concorrente non potrebbe operare profittevolmente usando la porzione contendibile della domanda a sua disposizione, anche al costo di sostenere un prezzo incrementale negativo per le unità in prossimità della soglia. La presunzione alla base della terza affermazione appare perciò non giustificata da un punto di vista economico. Soltanto dopo aver applicato un test come quello delineato dalla Commissione, una simile conclusione potrebbe essere raggiunta, provando che il prezzo effettivo che un'impresa rivale necessiterebbe di offrire risulta sottocosto.

5.2.3. Approccio basato sulla forma *vs* approccio basato sugli effetti

In realtà, è da riconoscersi come nella decisione della Commissione un'analisi economica degli effetti reali delle pratiche contestate non sia totalmente assente. In ogni caso, nella presente valutazione, per analisi basata sugli effetti non intendiamo semplicemente che una certa condotta è da presumersi come abusiva se presenta predeterminate e specifiche caratteristiche, quanto piuttosto l'assenza di un esame approfondito della pratica contestata in termini di danni per i consumatori e per i concorrenti. Difatti, la valutazione realizzata dalla Commissione appare limitata: a una comparazione tra le quote di mercato vincolate e le quote di mercato detenute dal gruppo norvegese (sulla base dell'equazione: più alte le prime, più stabili le seconde, più deboli i concorrenti); alla constatazione per cui i prezzi fissati da Tomra, malgrado gli sconti offerti, non diminuirono quanto piuttosto aumentarono nel corso

²³ G. Federico, *Tomra v Commission of the European Communities: Reversing Progress on Rebates?*, in «European Competition Law Review», vol. 32, n. 3, 2011, p. 140.

del tempo; all'osservazione del fallimento di Prokent. Nel suo ricorso, Tomra contesta tali conclusioni, dimostrando al contrario che: le figure illustranti l'effetto *suction* contenevano errori matematici; la maggior parte dei risultati forniti dalla Commissione era contraddetta dall'evidenza empirica; i prezzi di Tomra non erano aumentati e non erano stati in alcun caso negativi, anche considerando l'unità marginale precedente la soglia prefissata; il rapporto tra le quote di mercato vincolate e le quote di mercato detenute da Tomra era statisticamente inconsistente; il produttore tedesco uscì dal mercato soltanto dopo che le pratiche presunte giunsero a termine.

Ciononostante, è lo stesso Tribunale a far luce sulla questione, ammettendo esplicitamente che la Commissione non ha basato la sua decisione sull'impatto reale delle pratiche presunte, bensì ha «semplicemente completato» l'individuazione dell'abuso mediante un «breve esame» degli effetti prodotti sui mercati nazionali dalle pratiche contestate (paragrafo 288, che risulta in aperto contrasto con quanto affermato nel paragrafo 219, ove il Tribunale dichiara che «la Commissione, anche se ciò non era necessario con riferimento alla giurisprudenza, ha altresì analizzato, alla luce delle condizioni del mercato, gli effetti reali delle pratiche delle ricorrenti»). Rievocando la casistica giurisprudenziale tradizionale, il Tribunale ricorda come, al fine di stabilire un'infrazione, non sia obbligatorio provare che la condotta abusiva causi un impatto concorrenziale sul mercato rilevante, quanto è sufficiente dimostrare che «mira a restringere la concorrenza» oppure «può avere un simile effetto» (paragrafi 288-289)²⁴. Ad ogni modo, come menzionato, la capacità di escludere concorrenti è una caratteristica tipica degli sconti retroattivi, pertanto un simile approccio, essendo basato su una restrizione per oggetto, sembra essere più *form-based* che *effects-based*.

Nell'opinione del Tribunale, considerato che l'analisi realizzata dalla Commissione «ha semplicemente completato la sua constatazione di un'infrazione», la presenza di alcuni errori (sebbene in realtà la maggior parte dei grafici contenga inesattezze fondamentali) nella stessa analisi non inficia il parere finale della decisione (paragrafi 268 e 290). Il Tribunale sembra voler affermare che anche un'analisi errata degli effetti reali non potrebbe essere invocata per confutare le conclusioni raggiunte dalla Commissione in relazione alla natura

²⁴ Il Tribunale, nel paragrafo 288 della sentenza resa per il caso *Tomra*, cita i casi *British Airways* e *Michelin II*, ove aveva già avuto modo di dichiarare che: «Gli effetti menzionati dalla giurisprudenza richiamata [...] non riguardano necessariamente gli effetti concreti del comportamento abusivo denunciato. Ai fini dell'accertamento della violazione dell'articolo [102 TFUE], è sufficiente dimostrare che il comportamento abusivo dell'impresa in posizione dominante sia inteso a restringere la concorrenza o, in altre parole, che il comportamento sia tale o idoneo a produrre un effetto di tal genere» (paragrafo 239 della sentenza resa per il caso *Michelin II*, che risulta concettualmente identico al paragrafo 293 della sentenza resa per il caso *British Airways*).

escludente degli sconti retroattivi offerti da Tomra. Infatti, il Tribunale dichiara che «la circostanza che i meccanismi di sconti retroattivi forzano i concorrenti a fatturare prezzi negativi ai clienti delle ricorrenti beneficiari di sconti non può considerarsi un pilastro sul quale poggia la decisione impugnata per dimostrare che i meccanismi di sconto retroattivi delle ricorrenti sono idonei a produrre effetti anticoncorrenziali» (paragrafo 258), affermazione che riassume e sottolinea come la valutazione delle due istituzioni europee sia particolarmente distante dal test proposto nelle linee guida.

5.2.4. Pratiche anticoncorrenziali vs pratiche proconcorrenziali (teoria del danno per i consumatori)

Alla luce di quanto ricostruito, appare evidente come il Tribunale non prenda nella dovuta considerazione il ricorso presentato da Tomra, secondo il quale una corretta analisi del caso in oggetto avrebbe dovuto realizzare una valutazione economica delle pratiche presunte, in linea con il test proposto dalla stessa Commissione nel *guidance paper*. Il Tribunale afferma soltanto in termini generali che, precludendo approssimativamente il 40% della domanda totale e dunque coinvolgendo una parte sostanziale del mercato rilevante, le pratiche in questione erano state capaci di ridurre il numero di rivali attivi nel mercato rilevante. Pertanto, un accertamento delle circostanze e del contesto di mercato, come quello realizzato dalla Commissione, è da considerarsi sufficiente per determinare se le pratiche di un'impresa dominante risultano capaci di escludere i propri concorrenti (paragrafi 242-243). In un paragrafo successivo, il Tribunale sembra addirittura presumere (malgrado ciò non significhi chiaramente accertare) il potenziale escludente di uno sconto fedeltà semplicemente prendendo in considerazione un insieme di elementi generici e qualitativi tipici di uno schema retroattivo, quali la sua natura individualizzata e retroattiva, così come la sua applicazione a una larga porzione della clientela (paragrafi 260-261).

Tuttavia, nei passaggi menzionati, la principale preoccupazione deriva dal focus esclusivo sulla capacità delle pratiche esaminate di ridurre il numero di concorrenti, aspetto che dovrebbe essere considerato soltanto come una condizione necessaria ma non sufficiente per giudicare le condotte presunte come anticoncorrenziali. Difatti, il rischio è di fare una distinzione errata tra pratiche anticoncorrenziali e proconcorrenziali, salvaguardando una certa struttura di mercato esistente soltanto perché una sua variazione si ritiene causi un danno per i consumatori, quando invece potrebbe essere il risultato di una concorrenza di prezzo che incrementerebbe il livello di benessere generale.

A seguito della valutazione critica sviluppata nella sezione precedente, va riconosciuto che il Tribunale nella sua sentenza afferma correttamente che uno sconto retroattivo offerto da un'impresa dominante non deve neces-

sariamente comportare un sacrificio di profitti per essere giudicato anticoncorrenziale. La giustificazione fornita è che uno sconto fedeltà può essere spalmato su un ammontare elevato di unità tale da consentire all'impresa dominante di fissare un prezzo medio superiore al costo di produzione (paragrafo 267). In ogni caso, secondo il Tribunale, Tomra, da un lato avrebbe precluso parte dei suoi principali concorrenti mediante la fissazione implicita di un prezzo incrementale molto basso, e dall'altro avrebbe imposto sconti fedeltà illeciti ai consumatori, impendendogli di beneficiare delle offerte dei concorrenti.

A tale riguardo, la principale critica alla teoria dell'effetto leva è stata la seguente. È certamente vero che se un'impresa dominante offre uno sconto retroattivo spalmato sia sulla parte contendibile che su quella non contendibile della domanda del cliente, allora l'impresa rivale potrà utilizzare soltanto la porzione contendibile per contrastare il prezzo scontato dell'impresa dominante. Tuttavia, ciò non significa che l'impresa dominante abbia un vantaggio assoluto sulla porzione contendibile, rispetto alla quale entrambe le imprese fissano lo stesso prezzo, e che la preclusione risultante non comporti un sacrificio di profitti (motivo per cui, al fine di condannare una condotta presunta, sarebbe comunque necessario provare la possibilità di recupero futuro dei profitti persi)²⁵.

Ciononostante, come evidenziato in precedenza, il problema principale rimane non tanto l'effetto leva, quanto piuttosto l'impossibilità per un concorrente altrettanto efficiente di raggiungere la sua scala di produzione efficiente, data la presenza di una porzione monopolizzata della domanda di mercato, la quale può causare un'esclusione anticoncorrenziale anche senza che l'impresa dominante sostenga un sacrificio di profitti. Inoltre, l'effetto leva di per sé non è sufficiente per considerare le pratiche in questione non soltanto come anticoncorrenziali, ma anche come recanti un danno per i consumatori. Infatti, e in particolare in un caso come *Tomra*, ove la porzione contendibile della domanda risultava piuttosto sostanziale, la presenza di altre imprese rivali poteva probabilmente impedire all'impresa dominante di adottare condotte escludenti capaci di generare un danno per i consumatori.

A prescindere da ciò, sebbene le due istituzioni europee sembrano giustamente non adottare una teoria predatoria del danno, da una parte né la Commissione né il Tribunale hanno esplicitamente elaborato una propria *theory of harm* per valutare le condotte presunte. Il mero fatto che all'incirca il 60% della domanda di mercato totale non fosse coperto dal sistema di sconti

²⁵ G. Federico, P. Regibeau, *Exclusionary Discounts under Article 102: In Search of the Right Theory of Harm*, in *Competition with Non-Linear Pricing and Loyalty Discounts*, Bologna, Centre for Law and Economics, Alma Mater Studiorum – Università di Bologna 2010, 6 novembre, p. 14.

avrebbe richiesto non soltanto un'analisi completa degli effetti reali delle pratiche contestate, bensì anche una valutazione empirica dei danni sofferti dai consumatori, pur nella consapevolezza delle approssimazioni che una simile valutazione comporta. Pertanto, verrebbe da pensare che, a fronte delle numerose critiche ricevute per l'approccio formalistico utilizzato in passato nel campo degli sconti fedeltà, il principale intento della Commissione per il caso *Tomra* sia stato quello di creare un *textbook case* (come è stato definito dagli stessi funzionari dell'ufficio istruttorio). La finalità ultima è stata dunque quella di testare quanto in passato proposto nella comunità scientifica, successivamente sviluppato nel *discussion paper* e infine adottato nel *guidance paper*, per quanto, come dimostrato nella presente sezione, la sua applicazione non sia stata realizzata a pieno, essendo particolarmente distante da un approccio analitico e quantitativo.

5.3. La sentenza della Corte di Giustizia (2012)

Nel 2012 la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha confermato la sanzione amministrativa nei confronti di *Tomra*, respingendo interamente l'appello presentato dalla multinazionale norvegese contro la sentenza del Tribunale del 2010. Grazie alla pronuncia della Corte nel terzo e ultimo grado di giudizio, giunge finalmente a termine un procedimento avviato all'incirca un decennio prima.

5.3.1. Intento oggettivo vs intento soggettivo

Nel suo ricorso, *Tomra* contesta il fatto per cui la Commissione non avrebbe dimostrato l'intento anticoncorrenziale delle condotte addebitate, così come non avrebbe tenuto nella dovuta considerazione le prove fornite dal gruppo scandinavo che attestavano la volontà della ricorrente di esercitare una concorrenza per meriti. La Corte ricorda allora come la nozione di abuso di posizione dominante debba considerarsi come un concetto oggettivo. La Commissione, d'altronde, non ha basato la sua decisione esclusivamente sulle evidenze relative all'intento soggettivo di *Tomra*. Ciononostante, «appare normale che la Commissione evochi fattori di natura soggettiva, ossia i motivi che sono sottesi alla strategia commerciale in questione» (paragrafo 19). La presenza di un intento escludente rappresenta dunque soltanto uno dei fattori da esaminare per accertare l'esistenza di un abuso, tuttavia non deve essere ritenuto vincolante. Pertanto, secondo la Corte, la Commissione non era obbligata a dimostrare l'intento anticoncorrenziale, quanto piuttosto era tenuta a provare, alla luce delle circostanze rilevanti, che le condotte di *Tomra* tendessero o fossero capaci di escludere i concorrenti. In altri termini, a detta della Corte, se il comportamento di mercato di un'impresa dominante è capace di restringere la concorrenza, non è necessario analizzare gli effetti di tale condotta. Oltre a ciò, la Corte afferma che la volontà di implementare

una concorrenza per meriti, anche nel caso in cui sia riscontrata, non può comunque provare l'assenza di un abuso.

5.3.2. Soglia di esclusione

Nel suo appello, il gruppo norvegese dichiara altresì che il Tribunale non ha fornito prove sufficienti atte a dimostrare che gli accordi contrattuali di Tomra fossero in grado di coprire una porzione della domanda totale tale da ridurre il livello di concorrenza, così come non ha spiegato che cosa intendesse per parte sostanziale del mercato. Secondo Tomra, difatti, la Commissione avrebbe dovuto applicare un test analitico seguendo dei parametri di riferimento oggettivi. La Corte, richiamando la tradizionale nozione di posizione dominante, ribadisce che la preclusione di una parte sostanziale del mercato da parte di un'impresa dominante non può essere giustificata dimostrando che la quota contendibile è sufficiente a lasciar spazio a un numero limitato di concorrenti. I clienti devono infatti avere sempre l'opportunità di beneficiare di ogni grado di concorrenza che sia possibile sul mercato, così come i concorrenti devono essere sempre posti nelle condizioni di competere per l'intero mercato e non solamente per una sua parte. In aggiunta, la Corte rifiuta la possibilità di applicare un criterio di redditività minima, in quanto la definizione di una soglia di esclusione al di là della quale le pratiche presunte divengono abusive non è ritenuta necessaria ai fini dell'applicazione dell'art. 102 TFUE. Come anzidetto per la sentenza del Tribunale, a nostro parere tali affermazioni appaiono sfortunate in quanto non giustificate da un punto di vista economico. Difatti, il rischio è che qualsiasi accordo in esclusiva, anche se applicato a una porzione *de minimis* del mercato rilevante, sia giudicato illecito.

5.3.3. Analisi basata sulla forma vs analisi basata sugli effetti

Infine, Tomra ritiene che il Tribunale abbia commesso un errore non richiedendo alla Commissione di dimostrare che gli sconti retroattivi offerti dal gruppo norvegese generassero vendite sottocosto. La Corte dichiara allora che uno schema fedeltà proposto da un'impresa dominante deve essere giudicato illegale se impedisce ai clienti di rifornirsi da produttori rivali. Inoltre, la presenza di prezzi negativi non deve essere considerata un requisito indispensabile per ritenere abusivo uno sconto fedeltà. La Corte approva quindi la posizione del Tribunale secondo la quale, per mezzo del suo *suction effect*, uno sconto fedeltà è di per sé in grado di escludere i fornitori rivali dalla porzione contendibile della domanda di mercato (da qui scaturisce, secondo la Corte, la non esigenza di applicare un *price-cost test*). È stato dunque sufficiente per la Commissione dimostrare che gli sconti retroattivi applicati da Tomra, che andavano a coprire la domanda pressoché totale dei clienti, insieme alla natura retroattiva degli stessi, incentivavano fortemente i clienti a soddisfare il proprio fabbisogno d'acquisto da Tomra (paragrafo 71).

5.4. Conclusioni e prospettive

La valutazione degli sconti reatattivi realizzata dalle istituzioni europee per il caso *Tomra*, nonostante non sia basata su una proibizione per sé quanto tenti piuttosto di implementare una metodologia d'analisi economica, per molti versi ricorda ancora l'approccio formalistico che ha caratterizzato la casistica giurisprudenziale europea nelle scorse decadi, la quale finiva costantemente per portare a una tassonomia artificiale e a differenti interpretazioni di pratiche commerciali aventi i medesimi effetti di mercato. In base a tale giurisprudenza, l'unica forma di sconto giudicata lecita era quella che comportava un'applicazione incrementale a volumi di unità standard, anche se era richiesto di dimostrare la presenza di risparmi di costi o altre efficienze nella fase distributiva²⁶. In tale contesto, gli orientamenti offerti dalla Commissione hanno certamente rappresentato un passo decisivo verso una valutazione economica delle pratiche escludenti. Tuttavia, nel caso *Tomra*, sia la decisione assunta dalla Commissione che le sentenze rese dal Tribunale e dalla Corte evidenziano come le istituzioni europee non siano ancora pronte a lasciarsi alle spalle l'impostazione tradizionale e a implementare a pieno la riforma dell'art. 102 TFUE, probabilmente frenate dal consistente carico di lavoro che il nuovo approccio richiede e dal rischio di dover affrontare procedimenti maggiormente costosi, lunghi e incerti.

Ciononostante, tutte queste motivazioni non possono esentare la Commissione dal realizzare una stima concreta degli effetti reali e dei danni subiti dai consumatori che una condotta presunta genera nel mercato. Certamente, c'è da riconoscere che il ragionamento economico alla base del caso *Tomra* è stato probabilmente sviluppato prima della pubblicazione sia del *discussion paper* che del *guidance paper*, e perciò in tempi in cui il test del concorrente altrettanto efficiente era soltanto in fase di discussione. Tuttavia, si potrebbe obiettare che i principi da ultimo fissati nelle linee guida fossero conosciuti già da tempo per via delle consultazioni pubbliche avviate con gli *stakeholders*. Una linea che divida pre e post 2009 sembra inoltre arbitraria se si considera: in primo luogo, la continua affermazione da parte delle corti europee per cui il concetto di abuso è da intendersi come oggettivo; in secondo luogo, la difficoltà di provare l'oggettività di un abuso senza implementare un'analisi scientifica degli effetti delle pratiche contestate e un test simile a quello del concorrente altrettanto efficiente (la cui applicazione è a maggior ragione indispensabile in un caso come *Tomra*, ove sia il Tribunale che la Corte hanno ritenuto non fosse necessario valutare l'intento di competere per meriti da parte del gruppo norvegese).

²⁶ M. De La Mano, *Competitive Effects of Rebates: Seeking Economic and Legal Consistency, in Rebates Law Revisited? The General Court's Ruling in Tomra v. Commission*, Bruxelles, Global Competition Law Centre, 2011, 21 gennaio, p. 5.

In una prospettiva conservativa si potrebbe obiettare che il test stesso deve considerarsi soltanto come uno dei possibili strumenti (non vincolanti) a disposizione delle autorità della concorrenza. Difatti, valutare casi senza implementare un *as-efficient competitor test* non solo risulterebbe compatibile con la recente casistica giurisprudenziale europea, ma anche in linea con la politica generale della Commissione, poiché il *guidance paper* va inteso solamente come un documento di supporto e non come una disposizione di legge. In ogni caso, una tale linea di pensiero rischierebbe di compromettere l'instaurazione di un regime *effects-based*, che, senza alcun dubbio, appare sempre più imprescindibile per la valutazione degli abusi escludenti²⁷.

Ciò che sembra emergere è dunque una discrasia istituzionale, tipica dell'applicazione delle norme europee. Infatti, la Commissione dichiara che realizzerà le sue analisi in una certa maniera, descritta in un documento di *soft-law* (che però afferma esplicitamente di non essere vincolate per le corti europee) e che si allontana dalla casistica giurisprudenziale esistente (che però non è *de jure* ma soltanto *de facto* vincolante). Di conseguenza, gli operatori di mercato, anche nel caso in cui si conformino alle nuove regole, rischiano in ogni caso di essere condannati. Pertanto, le istituzioni europee, se non contrarie al processo di modernizzazione del diritto antitrust, tendono quantomeno a iniziare ad applicare le nuove regole, finalmente rinunciando alla pregressa giurisprudenza, soltanto in un futuro remoto.

È assolutamente vero che stimare empiricamente la porzione contendibile della domanda di mercato, e più in generale, gli effetti anticoncorrenziali di una condotta unilaterale risulta spesso un compito particolarmente complesso da realizzare (come ammesso dalla stessa Commissione nelle linee guida al paragrafo 41). Tuttavia, un approccio economico, seppur inevitabilmente con dei difetti, appare certamente più utile per distinguere tra condotte concorrenziali ed escludenti che un approccio formalistico. In tal senso, il test del concorrente altrettanto efficiente va certamente considerato come un utile *safe harbour*, che dovrebbe essere impiegato in qualsiasi valutazione che coinvolge schemi fidelizzanti. In ogni caso, le conclusioni raggiunte per *Tomra* mal si conciliano con i criteri economici adottati recentemente sia dalla Corte che dal Tribunale per casi di *margin squeeze* e *predatory pricing*²⁸ (in particolare modo, appaiono in contrasto con quanto previsto nella sentenza *Post*

²⁷ Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP), *An Economic Approach to Article 82*, 2005, disponibile sul sito internet www.ec.europa.eu/competition.

²⁸ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 27 marzo 2012, *Post Danmark A/S/Konkurrencerådet*, Causa C-209/10, in «Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea», 2012/C 151/4, 26 maggio 2012; Sentenza del Tribunale (Ottava Sezione) del 29 marzo 2012, *Regno di Spagna c. Commissione Europea*, Causa T-398/07; Sentenza del Tribunale (Ottava Sezione) del 29 marzo 2012, *Telefónica, SA e Telefónica de España, SA c. Commissione Europea*, Causa T-336/07.

Danmark, ove la Corte ha chiesto a una corte danese, in assenza di netta predatorietà, di considerare tutte le circostanze di mercato rilevanti).

Vi è da sottolineare, comunque, come sia la Corte che il Tribunale, malgrado gli sforzi innegabili sostenuti negli ultimi anni nel cercare di valutare correttamente la teoria economica, recentemente in più casi hanno voluto adottare intenzionalmente un approccio formalistico per così dire all'antica (ad esempio, nei casi *France Telecom*²⁹ ed *Expedia*³⁰). La scelta di non accogliere ragionamenti economici non sarebbe dunque il frutto di un'erronea valutazione da parte delle corti europee in quanto non ancora adeguatamente attrezzate in campo economico, quanto piuttosto il risultato di una nuova ed emergente politica del diritto maggiormente propensa a richiamare teorie tradizionali, probabilmente nel nome di una superiore certezza del diritto.

Ad ogni modo, al momento risulta difficile capire se un'autorità della concorrenza o una corte nazionale preferiranno adottare l'approccio delle corti europee oppure quello della Commissione. In linea di principio, una corte nazionale chiamata a esprimersi su un sistema di sconti, sia in un'azione civile per risarcimento dei danni o in un appello rispetto a una decisione di una autorità della concorrenza, è vincolata ad applicare la legge così come interpretata dalla Corte di Giustizia. Pertanto la posizione delle corti europee non può essere senz'altro ignorata. L'auspicio che rimane è che nei futuri casi di abuso di posizione dominante le istituzioni europee saranno più propense ad adottare un approccio economico maggiormente esplicito e a fare più apertamente affidamento sulle linee guida.

ABSTRACT: Loyalty discounts and rebates between an economic approach and a theory of consumer harm (J.E.L.: K21; L12; L42)

In the paper, the fundamental question is under what conditions loyalty discounts and rebates adopted by a dominant firm cause anti-competitive effects. Fidelity schemes, although extremely frequent in the market, if applied by a dominant firm, are likely to be judged as illegal per se, as demonstrated by the EU case-law delivered so far and the severe scrutiny reserved by the national competition authorities. As a result, the paper first provides an analytical overview of loyalty structures, focusing in particular on retroactive rebates, and elaborates on important economic implications, such as the

²⁹ Sentenza del Tribunale (Quinta Sezione ampliata) del 30 gennaio 2007, *France Télécom Sa/Commissione*, Causa T-340/03, in «Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea», 2007/C 69/39, 24 marzo 2007.

³⁰ Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 13 dicembre 2012, *Expedia Inc./Autorité de la concurrence e altri*, Causa C-226/11, in «Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea», 2013/C 38/09, 9 febbraio 2013.

lock-in and the suction effect. The work then discusses the novelties introduced by the Guidance Paper on the Application of Art. 102 of the TFEU, which calls for an effects-based analysis of exclusionary abuses. Therefore, after an in-depth evaluation of the as-efficient competitor test, the new approach of the European Commission towards loyalty discounts and rebates is discussed in details with reference to a controversial antitrust case recently examined at EU level (*Tomra*). The paper finally proposes a systematic economic framework for analysing the effects, and therefore the legality, of fidelity schemes, in the light of a consistent theory of consumer harm.

KEYWORDS: Fidelity Discounts, Loyalty Rebates, Abuse of Dominant Position, As-Efficient Competitor Test, Consumer Harm, Exclusive Dealing, Foreclosure, Monopolization, Nonlinear Pricing, Predation, Tomra.