

L'allargamento del c.d. *effects-based approach* ai rapporti di esclusiva. Il caso Unilever

Giovanni Pennetta*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'origine: il caso dell'AGCM. – 3. La pronuncia della Corte di Giustizia e la successiva riassunzione del giudizio dinanzi al Consiglio di Stato. – 4. La capacità escludente delle clausole di esclusiva e il c.d. *effects-based approach*. – 5. Verso un allargamento dell'ambito di applicazione del test AEC alle pratiche non direttamente tariffarie? – 5.1 *Background*: le analisi economiche nei precedenti della Commissione dopo Intel. – 6. Le modifiche agli Orientamenti della Commissione introdotte nel 2023. – 7. Conclusioni.

1. *Premessa*

La recente pronuncia del Consiglio di Stato¹ sul caso Unilever contribuisce al dibattito che ha seguito la lunga vicenda Intel e che, confermando l'applicazione del c.d. *effects-based approach* nei casi di sconti fedeltà, oggi consente all'impresa di respingere l'addebito attraverso la presentazione di prove (tra le quali anche il c.d. test AEC - «*as efficient competitor*»)² a sua difesa.

* *Le opinioni espresse sono personali e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza.*

¹ Cons. Stato, sez. VII, 11 luglio 2023, n. 6806.

² Il test AEC fa riferimento «a diversi criteri che hanno in comune il fine di valutare la capacità di una prassi di produrre effetti preclusivi anticoncorrenziali, facendo riferimento all'idoneità di un ipotetico concorrente dell'impresa in posizione dominante, altrettanto efficiente in termini di struttura dei costi, a proporre ai clienti una tariffa tanto vantaggiosa da indurli a cambiare fornitore, nonostante gli svantaggi generati, senza che ciò porti detto concorrente a subire perdite», cfr. Corte giust. UE, 19 gennaio 2023, Causa C-680/20, *Unilever Italia Mkt. Operations Srl c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ECLI:EU:C:2023:33, pt. 56. In Google Android, il Tribunale chiarisce che il test AEC «riguarda un concorrente ipoteticamente altrettanto efficiente, che si presume applichi ai propri clienti gli stessi prezzi applicati dall'impresa dominante, facendo fronte agli stessi costi sostenuti da quest'ultima (v., in tal senso, sentenza 17 febbraio 2011, *TeliaSonera Sverige*, Causa C-52/09, EU:C:2011:83, punti da 40 a 44). Peraltro, oltre al prezzo, per poter essere considerato «altrettanto efficiente» quanto l'impresa in posizione dominante, tale concorrente ipotetico deve essere anche interessante per i clienti di detta impresa in termini di scelta, di qualità o di innovazione (v., in tal senso, sentenza del 27 marzo 2012, *Post Danmark*, Causa C-209/10, EU:C:2012:172, pt. 22). Il test AEC [...] mira a distinguere i comportamenti che un'impresa in posizione dominante non può adottare da quelli che le sono consentiti. Il

Il Consiglio di Stato, pur non contestando l'applicabilità della giurisprudenza Intel ai casi di condotte complesse principalmente basate su clausole di esclusiva, ha avallato l'operato dell'AGCM nella parte in cui ha ritenuto il test AEC presentato da Unilever non "dimostrativo" poiché applicato ad una condotta non basata su di un comportamento di "predatorietà puro".

Effettivamente, considerati gli interrogativi che più voci³ si erano poste circa le ricadute pratiche che la giurisprudenza Intel⁴ avrebbe prodotto, il caso Unile-

test AEC costituisce quindi una griglia di analisi possibile degli effetti preclusivi relativi a una determinata causa e degli effetti preclusivi contestati. Tuttavia, si tratta solo di uno tra vari elementi che possono essere utilizzati per dimostrare, mediante prove qualitative o quantitative, l'esistenza di un'esclusione dal mercato anticoncorrenziale ai sensi dell'articolo 102 TFUE», cfr. Trib. UE, 14 settembre 2022, T-604/18 *Google and Alphabet c. Commissione*, ECLI:EU:T:2022:541, prt. 642-643, appello pendente C-738/22. V. anche la *Comunicazione della Commissione sugli Orientamenti nell'applicazione dell'art. 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, in *GUUE* C 45/17, del 24 febbraio 2009, prt. 23-27 e 41.

³ Si fa riferimento, tra gli altri, a M. Marinova, *What Can We Learn About the Application of the as Efficient Competitor Test in Fidelity Rebate Cases from the Recent US Case Law?*, in *World Competition*, 2018, Vol. 41, Issue 4, 523-548; R. Hajnovicova, N.-L. Lang, A. Usai, *Exclusivity Agreements and the Role of the As-Efficient-Competitor Test After Intel*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2019, Vol. 10, Issue 3, 141-158; M. Marinova, *The EU general Court's 2022 Intel judgment: back to square one of the Intel saga*, in *European papers*, 2022, Vol. 7, no. 2, 627-639; C. Carli, *Si chiude il cerchio nella saga Intel. Quale futuro per il test del concorrente altrettanto efficiente?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2022, 123-142; G. Monti, *Rebates after the general court's 2022 Intel judgment*, in *Common Market Law Review*, 2023, Vol. 60, Issue 1, 107-140. Con riguardo al caso Google Shopping, invece, v. P. Ibáñez Colomo, *As Efficient Competitors in Case T-612/17, Google Shopping: The Principle and the Conflations*, in *Chilling Competition*, 2021, consultabile al seguente indirizzo: <https://chillingcompetition.com/2021/11/19/as-efficient-competitors-in-case-t%e2%80%91612-17-google-shopping-the-principle-and-the-conflations/>, visitato l'ultima volta in data 2 novembre 2023; G. Gaudin, D. Mantzari, *Google Shopping and the As-Efficient-Competitor Test: Taking Stock and Looking Ahead*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2022, Vol. 13, Issue 2, 125-135.

⁴ Cfr. Corte giust. UE, 6 settembre 2017, Causa C-413/14, *Intel Corp. Inc. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2017:632 e, da ultimo, Trib. UE (*renv.*), 26 gennaio 2022, Causa T-286/09, *Intel Corp. Inc. c. Commissione* ECLI:EU:T:2022:19. Come si ricorderà, la Commissione europea aveva inflitto una sanzione di 1,06 miliardi di euro a Intel per aver posto in essere condotte consistite in sconti di fedeltà condizionati in violazione dell'art. 102 TFUE. La sentenza di primo grado, che aveva respinto il ricorso di Intel, era stata poi impugnata dalla parte dinanzi alla Corte di giustizia, la quale aveva annullato la sentenza e rinviato la decisione dinanzi al Tribunale, ritenendo che quest'ultimo avesse omissso di esaminare l'abusività degli sconti alla luce di tutte le circostanze del caso di specie. In particolare, la Corte di giustizia ha giudicato la pronuncia di primo grado viziata nella parte in cui ha considerato gli sconti di fedeltà condizionati idonei, in quanto tali, a restringere la concorrenza, non valutando le argomentazioni che la parte aveva sollevato avverso la ricostruzione del test AEC. Successivamente, in sede di rinvio, il Tribunale ha annullato la decisione della Commissione ritenendo le analisi in essa svolte incomplete sotto il profilo della concreta idoneità degli sconti a produrre effetti anticoncorrenziali. Nello specifico, il Tribunale ha giudicato la decisione della Commissione viziata da errori nell'applicazione del test AEC, non avendo, alla luce delle argomentazioni formulate da Intel, sufficientemente dimostrato la produzione di effetti escludenti ad opera degli sconti applicati ai propri partner commerciali. Inoltre, il Tribunale ha giudicato la complessiva analisi svolta dalla Commissione non conforme ai criteri dettati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia al par. 139 della sua sentenza, ritenendo non debitamente esaminato il criterio relativo al tasso di copertura del mercato e quello concernente la durata degli sconti. Al momento in cui si scrive risulta pendente l'appello della Commissione contro la decisione del Tribunale, Caso C-240/22, *Commissione c. Intel Corp. Inc.* Con specifica attenzione al caso *Intel*, si vedano: G. Colangelo, *Sconti condizionati e test del "concorrente altrettanto efficiente": il caso Intel*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2009, 603-608; A. Nicita, *Sconti escludenti: un doppio salto della Commissione nel caso Intel?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2013, 363-370; R. Pardolesi, *Perché la Commissione aveva ragione. Oppure no?*, in *Mercato, concorrenza regole*, 2013, 357-362;

ver costituisce senza dubbio una importante occasione di riflessione, soprattutto alla luce delle modifiche apportate nel 2023 agli «Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 CE» e delle annunciate Linee guida sugli abusi escludenti, che saranno adottate entro il quarto trimestre del 2025⁵.

L'obiettivo del presente lavoro è pertanto quello di esaminare l'assimilabilità, sotto il profilo dello standard di valutazione utilizzabile, delle clausole di esclusiva e degli sconti fedeltà, al fine di contribuire all'identificazione del più appropriato *framework* in cui operare.

2. L'origine: il caso dell'AGCM

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con provvedimento n. 26822 del 31 ottobre 2017⁶, ha comminato alla società Unilever una sanzione pecuniaria pari a 60.668.580,00 milioni di euro per aver abusato della sua posizione dominante, in violazione dell'art. 102 TFUE. In particolare, secondo l'Au-

W.P.J. WILS, *The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called More Economic Approach to Abuse of Dominance*, in *World Competition*, 2014, Vol. 37, Issue 4, 405-434; P. Peepkorn, *Conditional Pricing: Why the General Court is Wrong in Intel and What the Court of Justice Can Do to Rebalance the Assessment of Rebates*, in *Concurrences*, 2015, 43-63; N. Petit, *Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 Tfeu*, in *European Competition Journal*, 2015, Vol. 11, Issue 1, 1-35; E. de Ghellinck, *The As-Efficient-Competitor Test: Necessary or Sufficient to Establish an Abuse of Dominant Position?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, Vol. 7, Issue 8, 544-548; J. Clarke, *The Opinion of AG Wahl in the Intel Rebates Case: A Triumph of Substance over Form?*, in *World Competition*, 2017, Vol. 40, Issue 2, 241-270; C. Carli, *La Commissione aveva ragione, o forse si sbagliava (davvero)?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2017, 279-298; M. Marinova, *What Can We Learn About the Application of the as Efficient Competitor Test*, cit.; K.U. Kuühn, M. Marinova, *The Role of the 'As Efficient Competitor' Test after the CJEU Judgment in Intel*, in *Competition Law & Policy Debate*, 2018, Vol. 4, Issue 2, 64-72; N. Petit, *The Judgment of the EU Court of Justice in Intel and The Rule of Reason in Abuse of Dominance Cases*, in *European Law Review*, 2018, Vol. 43, Issue 5, 728-750; R. Hajnovicova, N.-L. Lang, A. Usai, *Exclusivity Agreements*, cit.; C. Carli, *Si chiude il cerchio*, cit.; L. Zoboli, *Prestazioni e dotazioni iniziali: il rischio di applicare il test del "concorrente altrettanto efficiente" alle pratiche non di prezzo*, in *Dir. ind.*, 2022, 5, 418-429; G. Monti, *Rebates after the general court's 2022 Intel*, cit.; R. Lauer, *The Intel Saga: What Went Wrong with the Commission's AEC Test (in the General Court's View)?*, 18 febbraio 2023, disponibile in: SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4246327, visitato l'ultima volta in data 2 novembre 2023.

⁵ COM, Communication, *Amendments to the Communication from the Commission Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, 27 marzo 2023, C(2023) 1923 final. Le modifiche agli Orientamenti traggono origine dal consolidamento del c.d. *effects-based approach* nella giurisprudenza europea e mirano ad una sua declinazione dinamica e praticabile. In pari data la Commissione ha avviato una procedura di consultazione pubblica, terminata il 24 aprile 2023, volta ad adottare le nuove Linee Guida che codificheranno la giurisprudenza dei giudici dell'UE in materia di abusi escludenti. Per eventuali approfondimenti è possibile consultare la procedura al sito: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13796-Diritto-della-concorrenza-dellUE-orientamenti-sugli-abusi-di-esclusione-da-parte-di-imprese-dominanti_it, visitato l'ultima volta in data 30 ottobre 2023.

⁶ AGCM, 31 ottobre 2017, provvedimento n. 26822, Caso A484 - *Unilever/distribuzione gelati*. V. E. Lanza, D. Giangiulio, *The Unilever exclusionary strategy in the impulse packaged ice cream market*, in *Rivista italiana di antitrust*, 2017, Vol. 4, Issue 2; Id., *Comprehensive exclusivity strategy and abuse of dominance: the Italian Competition Authority's approach in the Unilever case*, in *Competition policy in Eastern Europe and Central Asia. Effective investigation in competition cases*, 19 luglio 2022, 34-39.

torità, Unilever avrebbe posto in essere una strategia escludente consistita nell'imposizione, da parte dei suoi distributori, di obblighi di esclusiva che vincolavano gli esercenti dei punti vendita a rifornirsi per l'intero fabbisogno di gelati confezionati presso di essa. A fronte di tale obbligo, il corrispettivo concesso agli operatori vincolati sarebbe consistito in un'ampia gamma di sconti e compensi applicati secondo modalità e condizioni variabili.

Il procedimento ha tratto origine dalla segnalazione della società La Bomba s.n.c., con la quale è stata portata a conoscenza dell'Autorità una presunta condotta illecita di Unilever basata sull'intimazione agli esercenti degli stabilimenti balneari dei litorali adriatico e laziale di non commercializzare, unitamente ai propri, i prodotti del concorrente segnalante.

Secondo l'Autorità, la condotta ha interessato il mercato rilevante italiano della vendita di gelati monodose confezionati destinati al consumo «d'impulso»⁷. In esso, le condotte hanno assunto particolare significatività soprattutto alla luce di talune circostanze che rendevano certamente l'*incumbent* un operatore leader, tra le quali: i) le rilevanti quote di mercato detenute dalla *incumbent*⁸; ii) l'estensione e la capillarità di una rete distributiva vincolata da rapporti di esclusiva; iii) la particolare notorietà del proprio marchio commerciale Algida; iv) la concentrazione delle vendite presso gli esercizi commerciali alto-vendenti; v) l'ampia gamma dei prodotti.

La struttura della rete distributiva di Unilever era costituita da distributori all'ingrosso che, sulla base di un mandato di concessione con esclusiva bilaterale conferita a tempo indeterminato, acquistavano da Unilever i prodotti che poi rivendono ai clienti finali. Dal punto di vista statico, i contratti standardizzati sottoscritti dai distributori contenevano un obbligo di esclusiva che imponeva a questi ultimi il divieto di produrre e commercializzare prodotti concorrenti. Dal punto di vista dinamico, invece, la società aveva il potere di fissare i livelli minimi di vendita, gli sconti e il prezzo finale di listino. A ciò si aggiunga che Unilever esercitava penetranti poteri di monitoraggio e controllo, sia attraverso puntuali direttive che imponeva ai distributori, sia tramite l'esercizio di poteri ispettivi. Il

⁷ Esso era caratterizzato da articolate e differenziate dinamiche concorrenziali che rendevano particolarmente difficoltoso per i piccoli operatori – tra cui il segnalante – concorrere con le tre grandi società operanti su di esso (Unilever, Sammontana e Nestlé: i principali concorrenti di Unilever che, secondo l'Autorità, detenevano, a seguito di un peggioramento delle condizioni di mercato a loro svantaggio prodottasi negli ultimi anni, quote di mercato in volume stimabili tra il 10% e il 20%; cfr. AGCM, *Unilever*, cit., pt. 414 e Tabella n. 9). Ed infatti, in considerazione dell'incapacità di competere per la «contrattualizzazione dell'esercente» a causa della loro ridotta gamma di prodotti e della presentazione al pubblico di questi ultimi in via unicamente complementare ai prodotti dei concorrenti di maggiori dimensioni, la capacità dei piccoli operatori di essere presenti sul mercato dipendeva «fatalmente» dall'assenza di obblighi di esclusiva; *Ibidem*, ptt. 69-70.

⁸ Secondo l'Autorità, infatti, Unilever deteneva (secondo dati 2015) quote stimabili tra il 60% e il 70% in volume e tra il 60% e il 70% in valore nel solo mercato «*hand held*» (gelato da passeggio). *Ibidem*, ptt. 49 e 410.

distributore, in altri termini, non era altro che il tramite attraverso il quale Unilever sviluppava la propria politica commerciale.

Pertanto, gli obblighi di esclusiva contestati a Unilever nei rapporti tra di essa e una consistente fetta della sua clientela⁹ sarebbero consistiti in: i) clausole di esclusiva merceologica, consistenti nell'impegno del cliente a garantire l'approvvigionamento dei prodotti in esclusiva merceologica e, dunque, a non acquistare, commercializzare o comunque trattare prodotti concorrenti; ii) clausole di esclusiva delle attrezzature (c.d. *cabinet exclusivity*), basate sull'impegno del cliente nell'utilizzo delle attrezzature fornite in comodato d'uso per l'esclusiva conservazione dei prodotti Unilever. Ad essi si sarebbero affiancati, poi, degli incentivi al mantenimento dell'esclusiva consistenti in una combinazione personalizzata di sconti e compensi fidelizzanti che avrebbero scoraggiato i clienti dal rivolgersi ai concorrenti¹⁰. Unilever, inoltre, avrebbe applicato, attraverso le associazioni di categoria, mirate azioni di controllo volte a verificare l'effettivo approvvigionamento esclusivo dei clienti presso di essa¹¹.

L'Autorità ha concluso il procedimento accertando che le condotte poste in essere da Unilever risultavano particolarmente pregiudizievoli dal punto di vista concorrenziale, non solo per i grandi operatori ma anche, di riflesso, per gli operatori mono-prodotto. A causa di esse, infatti, i grandi operatori non avrebbero avuto la possibilità di sostituirsi o di concorrere con l'operatore *incumbent* e, di conseguenza, gli operatori mono-prodotto avrebbero avuto meno occasioni di trarre vantaggio dalla sostituzione delle forniture¹². Pertanto, sempre secondo l'Autorità, l'intento escludente di Unilever consisteva nell'accaparramento in esclusiva della maggior parte dei punti vendita attraverso mirate e modulate composizioni di esclusive e condotte tali da ostacolare la penetrazione dei concorrenti¹³. Le condotte, inoltre, risultavano lesive della libertà di scelta del consumatore, il quale vedeva sensibilmente ridotta la possibilità di reperire gelati offerti dalla concorrenza.

Giova sottolineare sin d'ora che tra le difese che la parte ha presentato durante il procedimento c'è stato anche il test del concorrente altrettanto efficiente, con il quale Unilever ha tentato di dimostrare l'incapacità preclusiva anticoncorrenziale delle sue condotte. Tuttavia, l'Autorità non ha preso in considerazione le argomentazioni di Unilever ritenendo, da un lato, che la fattispecie oggetto del

⁹ Per un'incidenza complessiva dell'esclusiva tra il 70 e l'80% dei contratti. *Ibidem*, par. 4.4.2.1.

¹⁰ *Ibidem*, ptt. 202 ss. e 504 ss. Nello specifico, essi sarebbero consistiti in: i) sconti di fine anno a carattere retroattivo; ii) sconti e compensi condizionati a precisi obiettivi di vendita; iii) sconti e compensi legati al mantenimento in modo continuativo di un paniere di prodotti Algida nell'assortimento; iv) compensi promozionali in misura fissa o proporzionale al fatturato; v) compensi erogati alle associazioni di categoria per l'attività di intermediazione.

¹¹ *Ibidem*, par. 4.4.2.3.

¹² *Ibidem*, pt. 559.

¹³ *Ibidem*, parr. 4.4.2.6., 4.4.3.3 e 4.4.3.4.

procedimento fosse ben diversa da quella contestata alla Intel¹⁴ e, dall'altro, che la dimostrazione della portata escludente degli obblighi di esclusiva non richiedesse necessariamente l'espletamento di un test quantitativo. Sul punto l'Autorità ha chiarito, infatti, che nessun test di replicabilità avrebbe potuto prendere in considerazione il complesso delle condotte poste in essere dall'impresa ma che, al contrario, sarebbe stato più opportuno focalizzare l'attenzione su elementi qualitativi quali: i) il ruolo di assoluta predominanza sul mercato di Unilever; ii) il blocco degli sbocchi su di una quota di mercato pari ad almeno il 30-40%; iii) la durata media superiore ai due anni; iv) l'attuazione mirata e differenziata delle condotte; v) le prove a sostegno di una complessiva strategia escludente¹⁵.

3. *La pronuncia della Corte di Giustizia e la successiva riassunzione del giudizio dinanzi al Consiglio di Stato*

Il ricorso per l'annullamento del provvedimento dell'Autorità proposto dalla Unilever dinanzi al Tar Lazio è stato respinto con sentenza n. 6080/2018. Avverso la sentenza del Tar¹⁶ la parte ha presentato ricorso in appello dinanzi al Consiglio di Stato, il quale, con ordinanza n. 7713/2020, ha sospeso il giudizio e deferito *ex art. 267 TFUE* la questione alla Corte di giustizia, chiedendo, da un lato, a quali condizioni, al di fuori delle ipotesi di controllo societario e nell'ambito di contratti di distribuzione, un coordinamento contrattuale tra operatori economici formalmente autonomi e indipendenti possa equivalere ad un unico centro decisionale¹⁷ e se, dall'altro, i principi espressi nella sentenza Intel siano gene-

¹⁴ Ed infatti, mentre in Intel le condotte consistevano esclusivamente in «sconti d'esclusiva», nel procedimento Unilever la condotta era «largamente basata sull'imposizione di obblighi di esclusiva». Cfr. AGCM, *Unilever*, cit., ptt. 590 ss.

¹⁵ *Ibidem*, ptt. 591-598.

¹⁶ Critici sulla ricostruzione effettuata dal TAR sono G. Goeteyn, G. Lapenta, *The Italian Unilever Judgment on Exclusive Dealing: Helpful Clarification or Misguided Limitation of the Court of Justice's Intel Ruling?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, Vol. 9, Issue 9, 590-595.

¹⁷ Secondo la giurisprudenza amministrativa, il comportamento di due o più imprese rientra nella definizione di unica entità economica qualora «pur avendo personalità giuridica distinta, tali soggetti non determinino in modo autonomo la propria linea di condotta sul mercato, ma definiscano congiuntamente il proprio operato, in considerazione, segnatamente, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra le due entità giuridiche (sentenze del 20 gennaio 2011, *General Química e a./Commissione*, C 90/09; nonché del 29 settembre 2011, *Elf Aquitaine/Commissione*, C 521/09)», cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 6 ottobre 2020, nn. 5883, 5898, 5900. I principali *leading case* nella giurisprudenza europea sono: Corte giust. UE, 24 ottobre 1996, caso C-73/95, *Vihø c. Commissione*, ECLI:EU:C:1996:405, spec. pt. 16; Corte giust. UE, 12 luglio 1984, caso C-170/83, *Hydrotherm Gerätebau c. Compact*, ECLI:EU:C:1984:271, spec. pt. 11; Corte giust. UE, 14 dicembre 20006, caso C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio c. Compañía Española de Petróleos SA*, ECLI:EU:C:2006:784, spec. ptt. 42-44; Corte giust. UE, 16 dicembre 1975, casi 40-48, 50, 54-56, 111, 113 e 114/73, *Coöperatieve Vereniging SuikerUnie c. Commissione*, ECLI:EU:C:1975:174, spec. ptt. 480, 539, e, ancora, Corte giust. UE, 16 settembre 1999, caso C-22/98, *Jean*

realizzabili oltre la fattispecie degli sconti fedeltà anche alle clausole di esclusiva; con riferimento a quest'ultimo punto, il Consiglio di Stato ha inoltre domandato alla Corte di Giustizia in quali circostanze l'Autorità dovrebbe ritenersi onerata del compito di dimostrare che le condotte contestate siano effettivamente capaci di escludere dal mercato i concorrenti altrettanto efficienti, anche analizzando le analisi economiche presentate dalla parte.

In data 19 gennaio 2023, la Corte di Giustizia si è pronunciata sulle questioni pregiudiziali che il Consiglio di Stato le aveva sottoposto, fornendo preziose indicazioni su entrambi i quesiti.

Con riferimento alla prima questione, la Corte di Giustizia, ha chiarito che, al di là del principio dell'unica entità economica, nell'ambito di applicazione dell'art. 102 TFUE le condotte dei distributori sono imputabili al produttore ogni qual volta esse siano poste in essere in maniera non indipendente ma come parte di «una politica decisa unilateralmente da tale produttore». Nel caso di specie, secondo la Corte, la redazione dei contratti che i distributori sottoponevano ai punti vendita veniva unilateralmente predisposta dal produttore e ciò non poteva che deporre nel senso di una qualificazione dei distributori come una ramificazione territoriale della politica commerciale del produttore. In questo caso, dunque, la responsabilità non sarebbe attribuibile al produttore in applicazione del principio dell'unica entità economica ma in quanto egli sarebbe considerabile come l'autore della condotta anticoncorrenziale, perpetrata attraverso distributori indipendenti¹⁸.

Sul secondo quesito, e in particolare con riferimento allo standard probatorio gravante sull'Autorità, la Corte ha precisato, come già chiarito nella sentenza SEN¹⁹, che l'Autorità non è tenuta a provare la concreta portata anti-competiti-

Claude Becu, ECLI:EU:C:1999:419, spec. pt. 26. Sull'accertamento del controllo esercitato dalla controllante sulla controllata ai fini dell'estensione della responsabilità di quest'ultima alla prima v. Corte giust. UE, 25 marzo 2021, C-152/19, *Deutsche Telekom c. Commissione*, ECLI:EU:C:2021:238 e Corte giust. UE, 27 gennaio 2021, C-595/18, *Goldman Sachs c. Commissione*, ECLI:EU:C:2021:73. In dottrina, sulla «single economic entity» v. R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press, 2018, 93 ss.; O. Odudu, D. Bailey, *The Single Economic Entity Doctrine in EU Competition Law*, in *Common Market Law Review*, 2014, Vol. 51, Issue 6, 1721-1757; E. Cecchet, *Il caso Unilever alla prova della Corte di Giustizia (alias la sottile linea di confine tra uso e abuso dei contratti di distribuzione)*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2022, 191-207; v. anche M. Casoria, *L'imputabilità infragruppo delle violazioni antitrust. (I)rresponsabilità e presunzioni*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2014, 365 ss.; F. Ghezzi, M. Maggolino, *L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra «responsabilità personale» e finalità dissuasive*, in *Riv. società*, 2014, 1060 ss.

¹⁸ Corte giust. UE, *Unilever*, cit., ptt. 29-33.

¹⁹ Come si ricorderà, il caso SEN era caratterizzato da una fattispecie complessa non ricollegabile ad un'esclusione tariffaria consistita, secondo l'Autorità, in una strategia escludente nei mercati della vendita di energia elettrica, volta a traghettare i clienti della società Servizio elettrico nazionale S.p.A. verso la società Enel Energia S.p.A. L'obiettivo era quello di evitare la migrazione di clienti verso fornitori terzi attraverso una raccolta di consensi degli utenti a ricevere proposte commerciali (le c.d. "liste SEN") attuata con "modalità discriminatorie", consistite nell'acquisizione di consensi separati per le società del gruppo ENEL e per i terzi. Le liste avrebbero poi consentito ad Enel Energia di proporre specifiche offerte dedicate solo alle categorie di clienti inserite nelle stesse. Pertanto, le implicite informazioni contenute nelle liste e la loro non replicabilità da parte

va degli effetti prodotti dalla pratica ma può limitarsi a provare che tale condotta abbia avuto la capacità di produrli. Tale prova, tuttavia, deve fondarsi su elementi di prova tangibili idonei a dimostrare, al di là della mera ipotesi, la capacità suddetta, non potendosi qualificare come abusiva una pratica rimasta «allo stato di progetto». In tale contesto, per l'analisi della capacità preclusiva basata su elementi tangibili, gli insegnamenti delle scienze economiche, anche laddove fondati su studi empirici o comportamentali, potrebbero non costituire base di prova sufficiente alla qualificazione abusiva della condotta. Al contrario, l'analisi deve fondarsi su tutte le circostanze di fatto pertinenti, tra le quali: i) l'ampiezza del comportamento sul mercato; ii) le limitazioni di capacità gravanti sui fornitori di materie prime; iii) la qualifica di partner inevitabile della impresa dominante²⁰. Tra queste circostanze la Corte specifica, inoltre, che la prova di un intento anticoncorrenziale non è né richiesta né sufficiente di per sé a provare l'abusività del comportamento.

Questa posizione della Corte sulle clausole di esclusiva supera il tradizionale approccio formalista, estendendo anche a queste fattispecie i principi sviluppati nel caso Intel²¹. In sintesi, la Corte di Giustizia ha seguito la giurisprudenza già affermata nella sentenza Intel che, sebbene riguardante una pratica di sconti fedeltà, ha ritenuto applicabile anche alle condotte complesse «largamente basate sull'imposizione di obblighi di esclusiva»²², chiarendo che, anche in questi casi, laddove un'impresa presenti nel corso del procedimento uno studio economico volto a provare che la propria pratica non sia idonea ad escludere un concorrente

dei concorrenti di Enel Energia avrebbero determinato, secondo l'Autorità, l'effetto restrittivo della concorrenza. Già nel caso SEN, che riguardava proprio una pratica non tariffaria, l'Avvocato generale Rantos, nelle sue conclusioni, ha chiarito la necessità di verificare l'astratta replicabilità, tramite «un test modellato sulla logica di tale test [il test AEC]», da parte dei concorrenti altrettanto efficienti delle condotte dell'impresa dominante, al fine di accertare se la pratica sia rientrata o meno all'interno della concorrenza basata sui meriti. Un tale test consisterebbe, ad opinione dell'Avvocato, «nel verificare se, sulla base delle informazioni presunte note all'impresa in posizione dominante, i concorrenti avrebbero potuto avere accesso, in maniera economicamente redditizia, a liste comparabili, quanto ad utilità, alle liste SEN. Tale approccio coincide parimenti con l'importanza attribuita al criterio di replicabilità nell'ambito delle pratiche di esclusione non tariffarie», cfr. Conclusioni dell'Avv. Generale Rantos nel caso C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale (SEN)*, ptt. 71-73, Corte giust. UE, 12 maggio 2022, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale (SEN)*, ECLI:EU:C:2021:998 e Consiglio di Stato, sez. VI, 1 dicembre 2022, n. 10571. Per un commento v. L. Zoboli, *Prestazioni e dotazioni iniziali*, cit., 405.

²⁰ Corte giust. UE, *Unilever*, cit, ptt. 40 ss. Per un commento alla sentenza v. M. Maggiolino, *When an ice cream case provides antitrust experts with food for thought: Unilever Italia*, in *Common Market Law Review*, 2023, vol. 60, Issue 5, 1433 ss.

²¹ Si ricordi che con tale giurisprudenza la Corte aveva già avuto modo di precisare che nell'accertamento della capacità preclusiva anticoncorrenziale degli sconti fedeltà l'Autorità nazionale avrebbe dovuto prendere in considerazione cinque rilevanti condizioni: i) l'ampiezza della posizione dominante; ii) il tasso di copertura del mercato ad opera della pratica; iii) le condizioni e le modalità di concessione degli sconti di cui trattasi; iv) la loro durata e il loro importo; v) nonché l'eventuale esistenza di una strategia diretta ad escludere dal mercato i concorrenti quantomeno altrettanto efficaci. In tale analisi, poi, devono essere ricompresi gli elementi di prova che l'impresa dominante presenta nel corso del procedimento per provare l'incapacità preclusiva anticoncorrenziale della sua condotta.

²² Questa è la definizione dell'Autorità, cfr. AGCM, *Unilever*, cit., pt. 590.

altrettanto efficiente, l'Autorità nazionale non può astenersi dall'esame dello stesso. Sul punto, la Corte di Giustizia, pur riconoscendo l'inidoneità di un siffatto test per l'analisi di pratiche non tariffarie²³, ha precisato che il criterio del concorrente altrettanto efficiente può ritenersi applicabile anche ad esse qualora le conseguenze della pratica siano "stimabili in concreto" e, in particolare, laddove tale criterio possa contribuire ad accertare se un ipotetico concorrente, con struttura dei costi analoga a quella dell'impresa dominante, sia in grado di proporre i propri prodotti senza incorrere in perdite o ricavi insufficienti come conseguenza della sopportazione delle indennità che i distributori dovrebbero pagare per cambiare fornitore, o delle perdite che essi dovrebbero subire dopo un tale cambiamento.

Riassumendo il giudizio sospeso, il Consiglio di Stato cala entrambe le questioni di principio affrontate dalla Corte di giustizia nel caso di specie. Sulla prima questione, il Giudice nazionale di secondo grado ha comunque voluto ricostruire, sia sotto il profilo statico che dinamico, il collegamento tra produttore e distributori. Tra gli aspetti del rapporto contrattuale che il Consiglio di Stato ha ritenuto determinanti per la imputabilità della condotta al produttore vi sono stati, in particolare, l'utilizzo di contratti tipo standardizzati, l'impiego di clausole di esclusiva, l'imposizione di livelli minimi di vendita e dei prezzi finali di listino, la griglia scalare di sconti, la previsione di ingerenti poteri ispettivi e di ritiro delle attrezzature nonché i penetranti poteri di direzione delle strategie commerciali e di vendita dei concessionari. Tutto ciò ha portato il Consiglio di Stato ad affermare l'indiscutibile preponderanza del potere decisionale di Unilever e la rilevanza meramente esecutiva del ruolo che i distributori avevano nella rete. In questo modo, chiarendo che Unilever si trovava nella posizione di effettivo ed unico soggetto regolatore dell'intera rete distributiva, il Consiglio di Stato relega la differente soggettività giuridica di produttore e distributori ad elemento squisitamente formale.

Anche sulla seconda questione il Consiglio di Stato avalla l'operato dell'Autorità e si pone in linea con l'approfondito standard di analisi che, come vedremo, caratterizza i giudizi della Corte di giustizia nei casi che coinvolgono test quantitativi. Nella valutazione della compatibilità del provvedimento sanzionatorio con l'arresto Intel, il Consiglio di Stato respinge le censure sollevate da Unilever circa la violazione dei diritti di difesa e conferma come l'Autorità abbia, invece, debitamente preso in considerazione le difese economiche della parte. Infatti, contrariamente a quanto sostenuto da Unilever, i Giudici ritengono, ad un giudizio estrinseco di legittimità, immuni da vizi le valutazioni tecnico-discrezionali

²³ La Corte ha infatti precisato che, se da un lato il test AEC potrebbe essere «inadeguato in presenza di talune prassi non tariffarie» (cfr. Corte giust. UE, *Unilever*, cit., pt. 57), dall'altro «anche in presenza di prassi non tariffarie, la rilevanza di un siffatto criterio non può essere esclusa» (cfr. Id., pt. 59). In altri termini, nella sentenza Unilever la Corte di giustizia – pur ritenendolo facoltativo – non esclude la rilevanza del test nei casi di pratiche non tariffarie stimabili in concreto.

dell'Autorità nella parte in cui hanno ritenuto che il test AEC a cui fa riferimento la giurisprudenza Intel riguardi unicamente le pratiche scontistiche e sia, pertanto, non “decisivo” né “utile” per contestare la concreta portata anti-competitiva di condotte complesse connotate da più ampia estensione e direzione. Il test²⁴ muoveva dal presupposto che la quota rilevante delle vendite di Unilever discendente dai prodotti c.d. «*must have*» (prodotti che il rivenditore deve obbligatoriamente offrire in vendita) costituisca una domanda non contendibile e tentava di dimostrare che un concorrente altrettanto efficiente sarebbe stato in grado di praticare delle politiche scontistiche sulla restante quota contendibile di mercato tali da garantirsi una quota contendibile su di esso e non rischiare l'esclusione dallo stesso. Il Consiglio di Stato ha ritenuto però il test non necessario perché non probante, ribadendo che l'accertamento dell'Autorità non avesse affatto avuto ad oggetto una strategia anti-competitiva fondata sull'aver la disponibilità di prodotti c.d. «*must have*» ma, al contrario, sulla più complessa condotta prevalentemente basata su clausole di esclusiva. In altri termini, il Consiglio di Stato ha condiviso gli approdi dell'Autorità nella parte in cui, pur prendendolo in considerazione, non hanno considerato il test AEC dimostrativo in ragione della differente natura e composizione delle condotte contestate che, nel caso di specie, non riguardavano un comportamento di “predatorietà pura”.

Al fine di esaminare più approfonditamente questo secondo aspetto della pronuncia del Consiglio di Stato, è necessario procedere con ordine e, prima di passare all'analisi dell'applicabilità della giurisprudenza Intel al caso in esame, è indispensabile una riflessione sulla capacità escludente delle clausole di esclusiva.

4. *La capacità escludente delle clausole di esclusiva e il c.d. effects-based approach*

Sebbene il *Discussion paper*²⁵ effettuasse una differenziazione tra condotte di prezzo (esemplificativamente e in maniera non esaustiva: prezzi predatori, sconti fedeltà e *margin squeeze*) e non (esemplificativamente e in maniera non esaustiva: *exclusive dealing*, *tying* e *bundling* e *refusal to supply*), gli Orientamenti della Commissione non forniscono una chiara distinzione tra le due condotte, limitandosi a ribadire (dal punto 23 al punto 27) che il test AEC è necessario per l'accertamento dell'effetto escludente delle prime (su cui *infra*). Tuttavia, tale classifica-

²⁴ Unilever ha depositato due studi economici. Mentre il primo tentava di dimostrare l'incapacità delle clausole di esclusiva e degli altri sconti di escludere dal mercato i concorrenti altrettanto efficienti, il secondo metteva in luce gli aspetti pro-concorrenziali delle condotte contestate.

²⁵ Cfr. COM, *DG Competition discussion paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Public consultation, 19 December 2005. Più diffusamente v. nota 31.

zione – anche riconosciuta come distinzione tra condotte predatorie e condotte di esclusione²⁶ – appare indispensabile per la scelta dell'appropriato standard di valutazione della condotta, il quale non può prescindere dalla corretta identificazione degli elementi fondanti la pratica. Nonostante entrambe le pratiche mirino all'innalzamento dei prezzi tramite l'esclusione del concorrente, la differenza fondamentale sta nel fatto che mentre nelle pratiche tariffarie tale obiettivo è conseguito successivamente ad un periodo di prezzi bassi, nelle pratiche non tariffarie tale periodo di prezzi bassi manca²⁷. Le clausole di esclusiva²⁸ rientrano in questa seconda fattispecie poiché raggiungono l'obiettivo attraverso condotte (non tariffarie) che, limitando gli sbocchi sul mercato, impediscono o ostacolano l'ingresso di nuovi concorrenti²⁹. Proprio per tale ragione gli obblighi di esclusiva sono

²⁶ La differenza tra condotte predatorie e condotte consistenti in clausole di esclusiva consiste nel fatto che le seconde fanno riferimento al paradigma del «*Raising rivals' costs*» che è differente dalle teorie di predazione in quanto non richiede il sacrificio di profitto per l'esclusione. In proposito v. C. Fumagalli, M. Motta, *On the Use of Price-Cost Test in Loyalty Discounts and Exclusive Dealing Arrangements: Which Implication from Economic Theory?*, BAFFI CAREFIN Centre, Research paper no. 2016-36. V. anche S.C. Salop, *The Raising Rivals' Cost Foreclosure Paradigm, Conditional Pricing Practices, and the Flawed Incremental Price-Cost Test*, in *Antitrust Law Journal*, 81, 371-421.

²⁷ Sulla classificazione, più approfonditamente, v. A.C. Jessen, *Exclusionary Abuse after the Post Denmark I case: The Role of the Effects-Based Approach under Article 102 TFUE*, International Competition Law series, vol. 69, Kluwer Law International, 2017, 99-132. V. anche I. Lianos, V. Korah, P. Siciliani, *Competition Law: Analysis, Cases and Materials*, Oxford, 2019, 889 ss.; S.C. Salop, *The rising rivals' cost*, cit., 371-421.

²⁸ Come noto, le clausole di esclusiva impongono ad un cliente di acquistare esclusivamente presso l'impresa dominante e possono essere tanto più dannose per la concorrenza quanto più l'obbligo è protratto nel tempo (Cfr. Orientamenti sulle priorità della Commissione, cit., pt. 36). Dal punto di vista contrattuale, le forme degli obblighi di acquisto sono variabili e possono consistere in: i) pattuizioni espresse (è il caso di Corte giust. UE, *Unilever*, cit., nel quale, però, oltre agli obblighi di acquisto esclusivo, comprendenti la clausola di esclusiva merceologica o la c.d. *cabinet exclusivity*, ricorrevano, specialmente nei rapporti non coperti formalmente da esclusiva merceologica: a) sconti target; b) sconti di fine anno; c) sconti o compensi «assortimento»); ii) obblighi di rifornirsi per la maggior parte del fabbisogno (cfr. Corte giust. UE, *Hoffman-La Roche*, cit.); iii) obblighi di acquisto quantificati in volume o in valore (cfr. Corte giust. UE, 19 aprile 2012, Causa C549/10 P, *Tomra Systems e a. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2012:221); iv) obblighi di acquisto collegati ad altri elementi del rapporto (cfr. Corte giust. UE, 23 ottobre 2003, Causa T-65/98, *Van den Bergh Foods c. Commissione*, ECLI:EU:T:2003:281); v) accordi verbali (cfr. AGCM, 7 dicembre 1999 n. 7804, A224, *Pepsico Foods and Beverage International-Ibg Sud c. Coca Cola Italia*, ptt. 185-188); vi) clausole inglesi (cfr. Corte giust. UE, *Hoffman-La Roche*, cit.). Più ampiamente sulla classificazione v. M. D'ostuni, M. Beretta, *Il diritto della concorrenza*, Torino, 2021, 939. In tale contesto occorre precisare che un obbligo di acquisto potrebbe presentarsi come un'esclusiva di fatto in tutte le ipotesi in cui l'impresa dominante attui delle condotte volte a disincentivare il passaggio dei clienti a fornitori concorrenti (cfr. Corte giust. UE, *Tomra*, cit.). Inoltre, l'abusività della condotta è rintracciabile sia nei casi in cui l'obbligo sia assoluto sia nei casi in cui esso sia assunto in cambio della concessione della riduzione di prezzo o di un pagamento, in tal senso v. anche Commissione, 24 gennaio 2018, *Qualcomm*, AT.40220, pt. 382, annullata dal Trib. UE, Caso T-235/18, *Qualcomm c. Commissione*, ECLI:EU:T:2022:358. Più genericamente, sulle clausole di esclusiva, v. A. Pappalardo, *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Torino, 2018, 604; I. Guadagno, R. Iusto, *Gli Abusi di posizione dominante. Le fattispecie tipiche*, in *Diritto antitrust*, a cura di A. Catricalà, C.E. Cazzato, F. Fimmanò, Milano, 2021, 408.

²⁹ Cfr. *Orientamenti*, cit, pt. 36. Nei casi di esclusiva, in linea generale, i principali fattori che possono condizionare l'intensità della preclusione anticoncorrenziale sono il ruolo di partner commerciale e la durata del vincolo. Il primo ricorre ad esempio nei casi in cui l'alta preferenza del marchio dell'*incumbent* da parte dall'utenza finale rende improbabile il passaggio di questi ultimi ad altri fornitori; sul punto, il pt. 36 degli Orientamen-

stati a lungo considerati abusivi *per se*³⁰ ma, successivamente alla pronunce Intel e Unilever, tale approccio ha lasciato il passo a quello c.d. *effects-based*³¹.

Nell'applicazione dell'*effects-based approach*, le pronunce che si sono susseguite nel tempo hanno utilizzato differenti termini per definire il grado di probabilità degli effetti anti-competitivi che potesse giustificare l'intervento della Commissione, suscitando un ampio dibattito³² intorno ai concetti di *capability* e di *likelihood* che devono orientare il livello di intensità del *legal standard* richiesto alla Commissione. In ogni caso, il *Policy brief* della Commissione sembra superare questo dibattito chiarendo come il *legal standard* per l'accertamento di una condotta escludente sia legato unicamente ai «*potential effects*» che essa è capace di

ti chiarisce infatti che effetti preclusivi anticoncorrenziali sono più probabili nei casi in cui la porzione contendibile della domanda sia ridotta. La durata, invece, sempre secondo gli Orientamenti, può determinare effetti preclusivi anti-competitivi in considerazione della maggiore o minore durata nel tempo degli sbocchi sul mercato.

³⁰ Cfr. Corte giust. UE, *Hoffmann-La Roche*, cit., pt. 89. Più precisamente, sebbene la citata formulazione del paragrafo della sentenza *Hoffmann* possa in effetti suggerire una presunzione di abusività *per se* delle clausole di esclusiva, va notato che in questi casi l'impresa in posizione dominante può in ogni caso difendersi dimostrando l'oggettiva giustificazione o le efficienze prodotte dalla sua condotta. Siffatta precisazione è oggi – a seguito della sentenza Unilever – definitivamente valida anche per le clausole di esclusiva (cfr. Corte giust. UE, *Unilever*, cit, ptt. 49 e 50). Inoltre, successivamente alle sentenze Intel e Unilever, l'impresa in posizione dominante potrà contestare la pretesa abusività della pratica anche attraverso la presentazione di studi economici volti a dimostrare l'assenza di effetti preclusivi anticoncorrenziali, cfr. R. Whish, D. Bailey, *Competition law*, cit., 700.

³¹ La discussione sull'*analytical framework* da seguire nei casi di abuso di posizione dominante ha inizio nel 2005, quando la Commissione pubblicò un *discussion paper*, cit., nel quale veniva richiesto, ai fini dell'accertamento di una violazione dell'art. 102 TFUE, l'esame degli effetti prodotti sul mercato attraverso l'analisi economica di costi e prezzi. Le critiche sulla carente certezza del diritto conseguente all'approccio suddetto portarono la DG Competition ad adottare gli Orientamenti sulle priorità nell'applicazione dell'art. 102 TFUE al posto delle Linee guida. In esso, l'esercizio della discrezionalità è stato vincolato all'analisi economica degli effetti, per limitare l'*enforcement* ai casi in cui sia concretamente possibile accertare, grazie all'utilizzo di strumenti economici, l'esistenza di effetti negativi per i consumatori. Attraverso il riconoscimento di questo nuovo indirizzo di *policy*, può dirsi che la Commissione ha inaugurato un *effects-based approach* nell'indagine dei casi di infrazione dell'art. 102 TFUE. Negli ultimi anni tale approccio, e cioè quello basato sulla valorizzazione dei possibili effetti anticompetitivi discendenti dalla pratica abusiva, ha differentemente influito sull'evoluzione del diritto della concorrenza comunitario stimolando una maggiore attenzione al potere di mercato e agli strumenti economici all'interno delle indagini antitrust. Descrive l'*effects-based approach* come un «canto della sirena» J. Blockx, *The Limits of the 'More Economic' Approach to Antitrust*, in *World Competition*, 2019, Vol. 42, Issue 4, 475-496; sulla storia del *more economic approach* v. A.C. Witt, *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*, Hart, 2016; R. Podszun, *Introduction*, in Aa.Vv., *Competition Policy and the Economic Approach*, a cura di J. Drexler, W. Kerber, R. Podszun, 2011, Edward Elgar Publishing, Iss.; per una ricognizione giurisprudenziale in ordine al passaggio dal *legalistic approach* al *more economic approach* v. P.L. Parcu, G. Monti, M. Botta, *Introduction to the book Economic analysis in EU competition law, Recent Trends at the National and EU Level*, Edward Elgar Publishing, 2021. In letteratura, di recente, si v. D. Geradin, *Loyalty Rebates after Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule Hoffman-La Roche*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2015, Vol. 11, Issue 3, 579-615; R. Podszun, *The Role of Economics in Competition Law: the "effects-based approach" after the Intel-judgment of the CJEU*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2018, Vol. 7, Issue 2.

³² Critica circa la confusione dei due termini pare parte della dottrina, la quale ritiene che «i due termini non possono esser sinonimi, altrimenti perderebbe di significato la linea di confine tra restrizioni «per oggetto» e «per effetto». La soglia della *capability* si applica alle restrizioni «per oggetto», ove il danno è presunto, mentre la soglia della *likelihood*, più alta, si applica alle restrizioni «per effetto», ove il danno deve stabilirsi caso per caso», cfr. C. Carli, *Intel contro tutti*, cit., 492.

produrre, analizzati in termini né ipotetici o astratti né concreti. Questa posizione sembra in linea con la giurisprudenza recente e soprattutto con la sentenza qui in commento, che non richiede all'autorità nazionale di dimostrare che la condotta contestata abbia concretamente prodotto effetti anti-concorrenziali ma solo la prova, basata su elementi di prova tangibili che vadano al di là della mera ipotesi, della capacità di produrre tali effetti (i «*potential effects*»)³³.

Quindi, nei casi di clausole di esclusiva, le Autorità nazionali devono valutare l'effettiva capacità di queste ultime di escludere dal mercato i concorrenti efficienti tanto quanto l'impresa indagata³⁴. Seguendo la giurisprudenza Unilever, l'analisi della capacità preclusiva si concentrerà dunque sulle specifiche circostanze del caso di specie, tra le quali i) l'ampiezza del comportamento sul mercato; ii) le limitazioni di capacità gravanti sui fornitori di materie prime; iii) la qualifica di partner inevitabile dell'impresa dominante. Essa, tuttavia, potrà essere in ogni caso superata dall'impresa indagata laddove quest'ultima presenti degli elementi di prova di senso contrario volti a dimostrare l'assenza di effetti restrittivi della concorrenza. Anche per le clausole di esclusiva, dunque, laddove l'impresa presenti un test per ribaltare la presunta capacità preclusiva della pratica, l'Autorità è tenuta a effettuare una valutazione complessiva di tutte le prove presentate dalla parte, test economici compresi.

Ciò chiarito è ora possibile passare all'analisi critica dell'applicazione di tale principio allo specifico caso in cui l'impresa sia accusata di aver commesso una pratica "ibrida" non direttamente tariffaria.

5. *Verso un allargamento dell'ambito di applicazione del test AEC alle pratiche non direttamente tariffarie?*

Come si è innanzi cercato di chiarire, il *more economic approach* richiede che per l'accertamento delle pratiche abusive non si prenda in considerazione la forma che esse assumono ma la potenziale capacità escludente degli effetti prodotti sul mercato. Tuttavia, l'esclusione dal mercato di concorrenti non altrettanto efficienti sulla base di pratiche fondate e giustificate da una concorrenza basata sui meriti (segnatamente basata su prezzi, scelta, qualità o innovazione dei prodotti offerti) non qualifica, di per sé, la condotta come abusiva. Lo scopo dell'art. 102 TFUE, infatti, è quello di sanzionare i comportamenti di un'impresa in posizione dominante che, ricorrendo a mezzi diversi da quelli sui quali si basa la concorrenza basata sui meriti, abbiano prodotto effetti preclusivi anticoncorrenzia-

³³ Cfr. Corte giust. UE, *Unilever*, cit., pt. 41-42.

³⁴ *Ibidem*, pt. 52. Depongono nel senso di questa interpretazione anche le conclusioni dell'Avv. Generale Rantos nel caso *Unilever*, cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Rantos, *Unilever*, pt. 71 ss.

li nei confronti dei concorrenti altrettanto efficienti. Se, infatti, non si facesse un'opportuna distinzione tra effetti preclusivi ed effetti preclusivi anticoncorrenziali, ogni condotta in grado di produrre effetti escludenti sarebbe qualificabile come abusiva, con la conseguenza che tutte le imprese meno efficienti e meritevoli sarebbero ingiustamente avvantaggiate e tutelate, raggiungendo un obiettivo opposto a quello della tutela concorrenziale. Questa precisazione riflette il contenuto del principio del concorrente altrettanto efficiente e traccia una linea di demarcazione tra quelle condotte fondate sulla *competition on the merits* che possono condurre all'esclusione dei concorrenti *less efficient* e le condotte escludenti che ledono la struttura concorrenziale e sono dannose per i consumatori. Il generale principio del concorrente altrettanto efficiente deve però essere tenuto distinto dal test del concorrente altrettanto efficiente, utilizzato nella sua accezione più tecnica per implementare il principio anzidetto³⁵. Mentre la protezione del concorrente altrettanto efficiente assurge a principio generale del diritto della concorrenza e deve trovare applicazione nelle valutazioni della Commissione, il secondo non rappresenta un elemento necessario della valutazione.

Il test AEC servirebbe a verificare, sulla base di un'analisi incentrata sul parametro di riferimento prezzi/costi, se un «concorrente altrettanto efficiente» trovi economicamente redditizia una pratica tariffaria. Proprio in ragione di tali parametri di riferimento e in considerazione dell'espresso richiamo che il paragrafo 23 degli Orientamenti fa alle pratiche tariffarie, il test non dovrebbe essere considerato applicabile alle pratiche non direttamente tariffarie³⁶. Esso, infatti, potrebbe risultare non appropriato nei casi di pratiche che uniscono sconti e vantaggi non tariffari, considerato che la natura quantitativa del test potrebbe non essere capace di catturare e cumulare gli effetti di preclusione anticoncorrenziale prodotti dalle condotte che congiungono sconti e pratiche non tariffarie³⁷.

³⁵ R. Whish, D. Bailey, *Competition law*, cit., 752 e G. Gaudin, D. Mantzari, *Google Shopping and the As-Efficient-Competitor Test: Taking Stock and Looking Ahead*, cit.

³⁶ Teoricamente, infatti, la Commissione, perché il test sia efficace, richiede – al punto 25 degli Orientamenti – la necessaria presenza di dati affidabili sui prezzi di costo e di vendita. Pertanto, il test AEC potrebbe essere applicato nei casi di sconti, *margin squeeze*, prezzi predatori o discriminazione dei prezzi mentre nei casi di abuso non tariffario, come la vendita abbinata, il rifiuto di fornitura o gli obblighi di esclusiva, esso non potrebbe svolgere alcun ruolo. È di questo avviso il Tribunale nel caso Google Shopping, laddove afferma che «Il ricorso a tale criterio, che consiste nel confrontare prezzi e costi, non aveva quindi senso in questo caso, poiché il problema di concorrenza individuato non era un problema di prezzi», cfr. Trib. UE, 10 novembre 2021, Caso T-612/17, *Google and Alphabet v Commission*, pt. 539. V. anche R. Podszun, *The Role of Economics in Competition Law: the "effects-based approach"*, cit.

³⁷ Sul punto v. L. McCallum e al., *A dynamic and workable effectsbased approach to abuse of dominance, A dynamic and workable effectsbased approach to abuse of dominance*, in *Competition Policy Brief*, Issue 1, marzo 2023, 6, nota 59, la quale specifica – facendo riferimento ad Unilever – che «an AEC test may not be appropriate in situations where rebates are granted in conjunction with non-price advantages, as the quantitative nature of the AEC test may not be capable of capturing the overall price and non-price loyalty-inducing effect of the scheme». Di recente v. A. Barbera, N. Fajardo Acosta, T. Klein, *The Role of the AEC Principle and Tests in a*

Considerato dunque che gli *exclusivity agreements* costituiscono pratiche non tariffarie, sorge l'interrogativo circa l'assimilabilità degli *exclusivity rebates* e degli *exclusivity agreements* (pur laddove inclusi in una pratica più complessa composta anche da pratiche tariffarie) sotto il profilo dello strumento di analisi (economica) utilizzabile³⁸.

A ben vedere, in effetti, i casi in cui può essere utilizzato lo strumento del test AEC dovrebbero essere considerati eccezionali³⁹ in quanto, come da ultimo precisato nella sentenza *Google Shopping*, «il ricorso al criterio di un concorrente altrettanto efficiente è giustificato in presenza di pratiche tariffarie»⁴⁰. Come giustamente notato in dottrina, infatti, la sentenza *Intel* riguardava una fattispecie di *exclusivity rebates* e, proprio per questo motivo, sarebbe impossibile estrapolare principi di riferimento in ordine all'applicabilità del test AEC alle pratiche di esclusiva non direttamente tariffarie⁴¹.

In direzione opposta però sembra muoversi la giurisprudenza europea nel caso *Unilever*. Ed infatti, sebbene la condotta contestata ad *Unilever* fosse «largamente basata sull'imposizione di obblighi di esclusiva» non direttamente tariffarie, le conclusioni dell'Avvocato generale Rantos e le affermazioni della Corte di Giustizia sembrano andare nella direzione di un allargamento applicativo

Dynamic and Workable Effects-Based Approach to Abuse of Dominance, in *Journal of European Competition Law & Practice*, December 2023, Vol. 14, Issue 8, 582-594.

³⁸ Sebbene gli Orientamenti della Commissione ricomprendano gli *exclusivity rebates* sotto il titolo riguardante gli accordi di esclusiva, essi differiscono dagli *exclusivity agreements* poiché riguardano sconti concessi dal fornitore all'acquirente subordinatamente all'acquisto della maggior parte del suo fabbisogno esclusivamente presso il primo. Differiscono poi dagli *exclusivity agreement* anche gli *exclusivity payments*, che consistono in pagamenti che il fornitore effettua nei confronti dell'acquirente laddove esso rispetti la condizione di non rifornirsi presso un concorrente. La differenza fondamentale tra le tre fattispecie però è che mentre gli *exclusivity agreements* prevedono un divieto assoluto a contrarre con altri fornitori, le altre due (i.e. *exclusivity rebates* ed *exclusivity payments*) non prevedono un obbligo *ex ante* e presentano un'esclusiva indirettamente collegata al raggiungimento di determinate condizioni. Ed infatti, mentre nel caso degli *exclusivity agreements* l'acquirente non ha la possibilità contrattuale di potersi rifornire presso un concorrente del fornitore, pena la violazione di un'obbligazione contrattuale, nei secondi la scelta di cambiare fornitore ha come unica conseguenza la possibile perdita degli incentivi promessi. Sulla distinzione ora effettuata v., nello specifico, R. Hajnovicova, N.-L. Lang, A. Usai, *Exclusivity Agreements and the Role of the As-Efficient-Competitor Test After Intel*, cit., 142.

³⁹ La Corte di Giustizia ha chiarito che l'utilizzo dell'AEC test deve essere considerato «warranted» solo nei casi di *predatory pricing* e *margin squeeze*. Cfr. *Post Denmark II*, pt. 55 e *Google Shopping*, pt. 538. Inoltre, va notato come in riferimento alla praticabilità del test AEC il Policy brief effettua una distinzione importante tra pratiche tariffarie (come *margin squeeze* e *predatory pricing*), nelle quali esso è considerato «warranted» e pratiche scontistiche, nelle quali la sua applicabilità dipende dalle circostanze del caso di specie. Così, per i non-*exclusivity rebates* l'utilizzo del test – pur dipendendo sempre dalle circostanze di fatto – «may be appropriate» mentre per gli *exclusivity rebates* esso è considerato «generally not warranted». Cfr. L. McCallum e al., *A dynamic and workable effectsbased approach to abuse of dominance*, cit., 6-7.

⁴⁰ Trib. UE, *Google Shopping*, cit., pt. 538 ss.

⁴¹ In questo senso v. R. Hajnovicova, N.-L. Lang, A. Usai, *Exclusivity Agreements and the Role of the As-Efficient-Competitor Test After Intel*, cit.

del test AEC anche alle pratiche suddette⁴². L'Avvocato generale, nelle sue conclusioni, ribadendo il principio affermato in Intel circa l'obbligo in capo all'Autorità di esaminare gli elementi presentati dalle parti volti a provare l'assenza di effetti di preclusione anticoncorrenziale conseguenti alla condotta contestata⁴³, sottolinea che tale principio trova applicazione «indipendentemente dal tipo di restrizione»⁴⁴; ciò significa, sempre ad opinione dell'Avvocato generale, che la giurisprudenza Intel ha qualificato come potenzialmente abusivi sia gli obblighi di esclusiva «puri e semplici» sia gli sconti subordinati ad un obbligo di esclusiva⁴⁵, ritenendo dunque tale giurisprudenza applicabile sia agli *exclusivity agreements* che agli *exclusivity rebates*. In entrambi i casi, dunque, laddove l'impresa presenti elementi volti a provare l'assenza di effetti di preclusione anticoncorrenziale (compreso il test AEC), l'Autorità è obbligata ad esaminarli. Come anticipato in precedenza, sulla stessa posizione si pone la Corte, laddove afferma che l'Autorità è tenuta a prendere in considerazione il test del concorrente altrettanto efficiente presentato dall'impresa e che, «anche in presenza di prassi non tariffarie, la rilevanza di un siffatto criterio non può essere esclusa»⁴⁶.

Tuttavia, sebbene il test in questione potrebbe dimostrarsi “utile” qualora le conseguenze della pratica abusiva non direttamente tariffaria possano essere stimate, il margine di applicabilità del test alle pratiche complesse (e in generale alle fattispecie che ricomprendono aspetti non tariffari) si presenta ancora poco chiaro. Uno sforzo maggiore in questo senso sembra essere stato compiuto dalla giurisprudenza d'oltreoceano che, nelle decisioni *Meritor* ed *Eisai*, si è impe-

⁴² I risultati delle analisi economiche presentate da Unilever durante il procedimento sono contenuti nel provvedimento, Cfr. AGCM, *Unilever*, cit., pt. 257-259 ss.

⁴³ Conclusioni dell'Avvocato generale Rantos, *Unilever*, cit., pt. 63.

⁴⁴ *Ibidem*, pt. 71. Inoltre, al punto 79 l'Avvocato generale conclude affermando che «l'articolo 102 TFUE deve essere inteso come una disposizione che osta a che l'impresa dominante ponga in essere comportamenti idonei a escludere dal mercato concorrenti quantomeno altrettanto efficaci in termini di qualità, innovazione e scelta del prodotto offerto e che il divieto stabilito da tale disposizione non si riferisce unicamente ai comportamenti relativi ai prezzi, quali gli sconti di esclusiva, ma anche a tutte le altre pratiche commerciali che non fanno riferimento ai prezzi, come gli obblighi di esclusiva, nella misura in cui è la nocività di tali condotte che ne determinerà il carattere abusivo e non la loro forma». Questa sembra la posizione assunta dalla Corte di giustizia nel caso SEN, laddove afferma che: «La rilevanza dell'impossibilità, materiale o razionale, per un ipotetico concorrente altrettanto efficiente, ma non in posizione dominante, di imitare la pratica in questione, al fine di stabilire se quest'ultima si basi su mezzi propri di una concorrenza basata sui meriti, emerge dalla giurisprudenza relativa alle pratiche sia tariffarie sia non tariffarie», cfr. Corte giust. UE, *Servizio Elettrico Nazionale*, cit., pt. 79.

⁴⁵ *Ibidem*, pt. 73. Che fa riferimento alla sentenza *Intel*, pt. 137.

⁴⁶ Corte giust. UE, *Unilever*, cit., ptt. 59-60. La Corte si spinge ad immaginare un'ipotesi nella quale le conseguenze di una tale tipologia di pratica possano risultare misurabili e «in particolare, nel caso di clausole di esclusiva, un siffatto criterio può teoricamente servire a stabilire se un ipotetico concorrente, che abbia una struttura dei costi analoga a quella dell'impresa in posizione dominante, sia in grado di proporre i propri prodotti o le proprie prestazioni senza andare incontro a perdite o a ricavi insufficienti se dovesse farsi carico delle indennità che i distributori dovrebbero pagare per cambiare fornitore, o delle perdite che essi dovrebbero subire dopo un tale cambiamento a seguito della revoca degli sconti precedentemente concessi (v., per analogia, sentenza del 25 marzo 2021, Slovak Telekom/Commissione, C-165/19 P, EU:C:2021:239, punto 110)».

gnata nell'analisi del principale meccanismo escludente della pratica al fine di operare una scelta sul più opportuno strumento di analisi in grado di verificare l'effettiva portata escludente della pratica⁴⁷. Invero, va detto che anche il *Policy brief* pare andare in questa direzione laddove afferma, sulla base della giurisprudenza Unilever, che l'appropriatezza del test deve essere valutata alla luce della condotta in questione⁴⁸.

Nonostante i dubbi, ciò che è certo è che le Corti nei casi Intel e Unilever hanno indiscutibilmente fatto un passo avanti rispetto alle precedenti posizioni che estendevano eccessivamente le pratiche ritenute anticoncorrenziali per natura, ammettendo la possibilità che le imprese possano, anche tramite studi economici, dimostrare l'assenza di effetti escludenti anticoncorrenziali "stimabili in concreto", così allargando il perimetro dell'*effects-based approach*.

⁴⁷ Secondo alcuni commentatori (sulla ricostruzione del dibattito e delle similitudini con il contesto europeo v. M. Marinova, *What Can We Learn About the Application of the as Efficient Competitor Test in Fidelity Rebate*, cit.; C. Muraca, *Quale standard di valutazione per gli sconti fidelizzanti? L'esperienza statunitense ed europea*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2017, 547-580), il modello di analisi seguito dalla giurisprudenza statunitense [in giurisprudenza v. *ZF Meritor LLC v. Eaton Corp*, 696 F3d 254 (3d. Cir. 2012); *Eisai Inc v. Sanofi-Aventis U.S., LLC*, 821 F3d 394 (3d. Cir. 2016)], soprattutto in Meritor, potrebbe rappresentare un utile strumento per individuare lo standard di valutazione più appropriato da applicare nella valutazione di condotte che presentano meccanismi escludenti spesso non uniformi. La struttura di analisi elaborata oltreoceano nel caso Meritor consisterebbe in due fasi distinte: in prima battuta sarebbe necessario identificare il principale meccanismo escludente della pratica (e, cioè, verificare se siano gli elementi diversi dal prezzo a determinare in via principale l'effetto escludente) mentre, solo successivamente alla compiuta definizione della causa degli effetti escludenti, si potrebbe procedere alla scelta dello strumento idoneo a verificare l'esistenza della preclusione anticoncorrenziale. Nel contesto europeo, chiudendo il cerchio Intel, in sede di rinvio il Tribunale UE, pur effettuando un'accurata analisi degli indici di riferimento del test quantitativo utilizzato dalla Commissione, si è limitato a censurare la decisione della Commissione sotto il profilo del tasso di copertura del mercato e della durata degli sconti, nulla dicendo in ordine alle circostanze in cui ricorrerebbe la necessità di applicare il test né sull'intensità dell'onere probatorio richiesto all'impresa per respingere l'addebito di abusività. La sentenza contiene, invero, unicamente alcune precisazioni metodologiche, laddove fa riferimento ai cinque aspetti che la Commissione deve prendere in considerazione «*as a minimum*» nell'analisi della capacità preclusiva della pratica cfr. Trib. UE, (*renv.*), Intel, cit., pt. 125. In dottrina v. C. Carli, *Si chiude il cerchio*, cit.

⁴⁸ Cfr. L. McCallum e al., *A dynamic and workable effectsbased approach to abuse of dominance*, cit., 6. Il *Policy brief* distingue tra le pratiche di *predatory pricing* e di *margin squeeze*, nelle quali il test dovrebbe essere considerato «*warranted*» e le altre tipologie di pratiche (facendo riferimento agli sconti) nelle quali il test sarebbe «*not warranted*». Il *Policy brief* aggiunge inoltre che «an AEC test may not be appropriate in situations where rebates are granted in conjunction with non-price advantages, as the quantitative nature of the AEC test may not be capable of capturing the overall price and non-price loyalty-inducing effect of the scheme (see Case C-680/20 - *Unilever*, paragraph 57, the Court of Justice stated: "*A test of that nature may be inappropriate in particular in the case of certain non-pricing practices[...] moreover, that method takes into consideration only price*"»), cfr. Id., 6, spec. nota 59.

5.1. Background: *le analisi economiche nei precedenti della Commissione dopo Intel*

Le indicazioni fornite dalla giurisprudenza Intel sembrano essere state debitamente prese in considerazione dalla Commissione, la quale ha seguito tale linea interpretativa nel caso Qualcomm, ritenendo l'approccio Intel sugli *exclusivity rebates* applicabile anche ai casi di obblighi di esclusiva (i.e. *exclusivity payments*)⁴⁹, così considerando sussistente unicamente una contestata illiceità della condotta in ogni caso superabile attraverso prove contrarie. Durante il procedimento, nonostante la Commissione – aderendo al principio di non necessarietà del test AEC – non abbia utilizzato il test AEC per provare l'idoneità preclusiva anticoncorrenziale degli *exclusivity payments* adoperati da Qualcomm, l'impresa ha comunque deciso di avvalersi del diritto riconosciuto in Intel e produrre delle evidenze scientifiche per provare che le sue condotte non fossero idonee a generare effetti preclusivi della concorrenza. In quel caso, la Commissione – seguendo le indicazioni di Intel – rigettò l'analisi di Qualcomm basata su di un test chiamato «*Critical margin analysis*»⁵⁰, giudicando il test viziato sotto i profili: i) dei *benchmark* di costo; ii) della contendibilità; iii) dei pagamenti arretrati⁵¹. Il Tribunale, però, ha ritenuto l'analisi della Commissione viziata da irregolarità procedurali che avevano prodotto una violazione dei diritti di difesa della parte nell'analisi del test⁵² e da omissioni nella valutazione di tutte le circostanze di fatto pertinenti.

⁴⁹ COM, *Qualcomm*, cit., ptt. 382-384. Nel caso di specie, la Commissione aveva sanzionato Qualcomm per aver sottoscritto con Apple accordi che prevedevano l'attribuzione di premi in favore della seconda laddove essa avesse acquistato i chipset LTE dalla prima per l'intero del suo fabbisogno. La decisione è stata annullata dal Trib. UE, *Qualcomm*, cit.

⁵⁰ *Ibidem*, pt. 323, il test, così come definito dal Tribunale, consiste in un'analisi economica «volta a dimostrare che un ipotetico concorrente efficiente quanto la ricorrente avrebbe potuto fare concorrenza a quest'ultima nella fornitura dei chipset LTE e UMTS alla Apple, poiché tale concorrente sarebbe stato in grado di proporre un prezzo che copriva i suoi costi, potendo al contempo compensare la Apple per la perdita dei premi di cui trattasi».

⁵¹ V. più diffusamente la sez. 11.5 del provvedimento della Commissione, COM, *Qualcomm*, cit.

⁵² Trib. UE, *Qualcomm*, cit., 328. La parte della sentenza che riguarda le analisi della Commissione sul test presentato dall'impresa è la sezione III.B.3, la quale censura l'operato della Commissione per violazione dei diritti di difesa della parte. In particolare, la Commissione non avrebbe concesso a Qualcomm la possibilità di adeguare le proprie difese alle differenze che intercorrevano tra la comunicazione degli addebiti (basata sui mercati rilevanti dei chipset UMTS e LTE) e la decisione (basata unicamente sul mercato rilevante dei chipset LTE). Ed infatti, «la possibilità per un'impresa di sostenere che un comportamento non ha la capacità di restringere la concorrenza e in particolare di produrre effetti preclusivi, basandosi su un'analisi economica come l'analisi del margine critico prodotta nel caso di specie dalla ricorrente, è priva di effetto utile se la portata del comportamento contestato è modificata dalla Commissione dopo la comunicazione degli addebiti per quanto riguarda in particolare i mercati interessati», cfr. Id., pt. 332.

Anche il caso Google Android⁵³ è stato interessato – tra le altre – da una pratica di *exclusivity payments* ma, diversamente da Qualcomm, la Commissione ha deciso di svolgere comunque un test quantitativo che le ha consentito di affermare che nel caso di specie i fornitori di servizi di ricerca concorrenti altrettanto efficienti non sarebbero riusciti a compensare⁵⁴ la perdita di introiti dei produttori di dispositivi o degli operatori di rete mobile nell'ambito degli accordi di ripartizione dei ricavi rientranti in un portafoglio definito di comune accordo (c.d. «ARR per portafoglio»). Anche in questo caso il Tribunale, ribadendo la necessità di un'analisi «rigorosa» del test AEC, ha annullato la decisione giudicando il test viziato da «errori di ragionamento»⁵⁵ in merito a: i) la quota di richieste di ricerca generale contendibile da un concorrente altrettanto efficiente; ii) il mancato isolamento dei costi attribuiti ad un concorrente altrettanto efficiente; iii) la valutazione della capacità del concorrente di ottenere la preinstallazione della sua app; iv) la propensione dei dispositivi in circolazione a generare redditi inferiori rispetto a quelli recenti.

Da ultimo, la Commissione ha sanzionato Google per aver posto in essere una complessa condotta consistita in clausole di esclusiva nel mercato dell'intermediazione pubblicitaria online che obbligavano i partner diretti a rifornirsi presso Google⁵⁶. Pur richiamando i punti 138-141 della decisione Intel⁵⁷, la Commissione ha tuttavia ritenuto che essi non avrebbero potuto trovare applicazione nei casi di clausole di esclusiva poiché unicamente riferibili agli *exclusivity rebates*⁵⁸.

Il quadro è incerto. La prassi della Commissione sugli *exclusivity payments* ha mostrato in Qualcomm e Google Android un differente approccio all'analisi

⁵³ Google è stato sanzionato dalla Commissione per aver imposto agli OEM (costruttori di apparecchiature originali) e agli MNO (gestori di reti mobili) restrizioni contrattuali anticoncorrenziali al fine di proteggere e consolidare la sua posizione dominante. In sostanza, Google avrebbe imposto i) l'obbligo di pre-installare le applicazioni di ricerca generica (Google Search) e di navigazione (Chrome) per ottenere la licenza di installazione di Google Play, ii) il divieto di vendere dispositivi funzionanti su versioni di Android non approvate da Google, pena l'impossibile pre-installazione delle app di quest'ultima e, soprattutto, iii) la condivisione di una parte dei suoi introiti solo se le controparti contrattuali non avessero pre-installato sui loro dispositivi un servizio di ricerca generica concorrente di Google.

⁵⁴ M. Kadar, *Article 102 and Exclusivity Rebates in a Post-Intel World: Lessons from the Qualcomm and Google Android Cases*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2019, vol. 10, Issue 7, 2019, 439-447, e R. Hajnovicova, N.-L. Lang, A. Usai, *Exclusivity Agreements and the Role of the As-Efficient-Competitor Test After Intel*, cit.

⁵⁵ Trib. UE, *Google Android*, cit., ptt. 644 e 798.

⁵⁶ Cfr. COM, 20 marzo 2019, *Google Search (AdSense)*, AT.40411. Attualmente è pendente il ricorso innanzi al Tribunale UE, Caso T-334/19.

⁵⁷ *Ibidem*, pt. 69.

⁵⁸ *Ibidem*, pt. 344. La Commissione, infatti, afferma che «The Court of Justice's judgment in *Intel* has clarified the *Hoffmann-La Roche* case law only where the exclusivity obligation of a customer of the dominant undertaking is undertaken in consideration of the grant of a rebate. This is confirmed by the fact that, when listing the elements that the Commission is required to analyse, the Court of Justice mentions certain elements that are relevant only for exclusivity rebates».

quantitativa, ritenuta non necessaria nel primo caso e necessaria nel secondo. In Google AdSense, poi, contrariamente a quanto affermato dalla Corte nella successiva sentenza Unilever, la Commissione è stata netta nell'escludere la rilevanza dei principi contenuti nei punti 138-141 della sentenza Intel ai casi di esclusive. La situazione si complica ulteriormente in presenza di condotte "ibride" (come quelle di Unilever) composte dalla combinazione di clausole di esclusiva non tariffarie e di sconti che, pur beneficiando dell'allargamento interpretativo dei principi di *procedural fairness* enunciati nella sentenza Intel, non sembrano ricevere chiare indicazioni in ordine alla praticabilità di un (e quale, varrebbe la pena aggiungere) test quantitativo. Il Consiglio di Stato però sembra offrire delle delucidazioni, affermando che il test AEC non sarebbe «dimostrativo» nei casi di condotte che non abbiano ad oggetto comportamenti di "predatorietà pura" come quelli consistenti in sconti fedeltà troppo elevati o in imposizioni di prezzi inferiori ai costi.

In conclusione, può dirsi che il dibattito sul test AEC pare non essersi placato⁵⁹. Da un lato, sembra permanere la sua difficile applicabilità concreta, sia nell'operato dell'Autorità che, come chiarito nel provvedimento Unilever, ritiene un'analisi quantitativa non possibile in ragione della impossibile verifica di replicabilità di tutte le condotte da parte di un concorrente altrettanto efficiente⁶⁰, sia in quello della Commissione⁶¹ che, nel provvedimento Google AdSense, ritiene la giurisprudenza Intel applicabile unicamente agli *exclusivity rebates*. Dall'altro, le Corti esprimono una ravvivata intenzione di affrontare nel dettaglio le argomentazioni della Commissione e delle Autorità riferite all'analisi economica; ed infatti, se è vero che in Qualcomm l'operato della Commissione relativo al test presentato dalla parte è stato bocciato in ragione delle violazioni del diritto di difesa, in Intel e in Google Android il Tribunale si è "sporcato le mani" nell'analisi degli errori di ragionamento effettuati dalla Commissione nel test.

6. *Le modifiche agli Orientamenti della Commissione introdotte nel 2023*

Proprio alla luce del determinante ruolo che i suddetti avanzamenti interpretativi (sia in termini di prassi che di giurisprudenza) hanno avuto nell'accertamento degli abusi secondo un c.d. *effects-based approach*, di recente la Commis-

⁵⁹ R. Lauer, *The Intel Saga: What Went Wrong with the Commission's AEC Test*, cit.; M. Kadar, *Article 102 and exclusivity rebates in a post-Intel world: lessons from the Qualcomm and Google Android*, cit., il quale ritiene che sia stato lasciato un cospicuo margine di apprezzamento in capo alle NCA circa l'opportunità di utilizzare il test AEC.

⁶⁰ Cfr. AGCM, *Unilever*, cit., ptt. 590 ss.

⁶¹ Definisce l'approccio della Commissione «ambivalent» R. De Conick, *The As-Efficient Competitor Test: Some Practical Considerations Following the eCj Intel Judgement*, in *Competition Law & Policy Debate*, 2018, vol. 4, Issue 2.

sione ha avvertito la necessità di ammodernare i propri Orientamenti, aggiornandoli alle ultime evoluzioni della giurisprudenza comunitaria e dell'*enforcement* della Commissione⁶². Così, proprio in riferimento al concetto di «preclusione anticoncorrenziale», la Commissione ha modificato il paragrafo 19 chiarendo – sulla base della sentenza Unilever (espressamente citata) – che per «preclusione anticoncorrenziale» deve intendersi la situazione in cui la condotta dell'impresa dominante influisca negativamente sulla struttura concorrenziale del mercato. Il paragrafo 19, quindi, non definisce più la «preclusione anticoncorrenziale» come «situazione in cui l'accesso effettivo di concorrenti reali o potenziali a forniture o a mercati è ostacolato o eliminato a causa del comportamento dell'impresa dominante» ma come la situazione nella quale la condotta dell'impresa dominante influisce negativamente sulla struttura del mercato⁶³ e, in particolare, sui prezzi, sulla produzione, sull'innovazione e sulla qualità dei prodotti. In questo senso, potranno essere considerate abusive anche quelle condotte che influiscono negativamente sulla struttura del mercato, pur non conducendo direttamente all'esclusione o marginalizzazione di concorrenti reali o potenziali.

La Commissione si è poi resa conto che talvolta il rischio di preclusioni anticoncorrenziali derivante da pratiche tariffarie escludenti potrebbe non verificarsi anche in presenza di un concorrente meno efficiente ma comunque in grado di esercitare pressioni concorrenziali⁶⁴. Così, nel paragrafo 23 degli Orientamenti viene sostituito l'avverbio «*normally*» con «*generally*», ricomprendendo tra le priorità della Commissione nell'*enforcement* dell'art. 102 non solo quelle che conducono all'uscita dal mercato o alla marginalizzazione dei concorrenti altrettanto efficienti ma anche quelle pratiche in grado di escludere dal mercato concorrenti *less efficient* ma che potrebbero diventare *as efficient* in un prossimo futuro.

Inoltre, dalle modifiche apportate ai punti 25 e 27 degli Orientamenti può desumersi un certo arretramento della posizione della Commissione in ordine alla doverosa applicabilità del test AEC. La sostituzione del verbo «*will*» con «*may*» nella parte in cui espone il dovere (oggi possibilità) della Commissione di analizzare i costi e i prezzi di vendita indica, ora espressamente, che il test AEC è opzionale e la Commissione non è tenuta a condurlo, salvo l'obbligo di valutare gli argomenti di prova contrari presentati dall'impresa. In ogni caso, laddove condotto, il

⁶² Cfr. COM, Communication, *Amendments to the Communication from the Commission Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC*, cit.

⁶³ In questo senso v. I. Guadagno, R. Iusto, *Gli Abusi di posizione dominante*, cit., 409.

⁶⁴ L'assenza di concorrenti altrettanto efficienti potrebbe derivare dalla intrinseca struttura del mercato che, per la presenza di elevate barriere all'ingresso o di effetti di rete ed economie di scala, non consentirebbe la presenza di un concorrente altrettanto efficiente. Nel suo *Policy Brief* la Commissione fa esplicito riferimento ai mercati digitali, dove concorrenti non efficienti quanto l'impresa dominante possono comunque essere in grado di conquistare fette di consumatori grazie alla particolare attrattività di taluni vantaggi offerti sul mercato, cfr. L. McCallum e al., *A dynamic and workable effectsbased approach to abuse of dominance*, cit.

test dovrà comunque essere preso in considerazione assieme a tutte le circostanze del caso e non potrà in ogni caso essere considerato autonomamente dimostrativo.

7. Conclusioni

Le questioni sottoposte alla Corte di giustizia nel caso Unilever hanno ricevuto risposte che, sebbene dirimenti per la decisione della concreta fattispecie in esame, accrescono l'incertezza e l'imprevedibilità che, intrinsecamente, caratterizza la materia, specialmente per quel che attiene le pratiche scontistiche e di esclusiva.

In primo luogo, sia dalla pronuncia della Corte di giustizia che da quella del Consiglio di Stato sono giunti importanti chiarimenti sulla nozione di unica entità economica nei casi di preponderante potere decisionale del produttore. Questa è di certo una novità rilevante che può aprire nuovi scenari per tutti quei casi che potrebbero porsi al confine tra intese verticali e abuso di posizione dominante.

Una rilevanza decisamente maggiore riveste la pronuncia della Corte di giustizia sulla seconda questione, poiché essa sembra estendere l'applicazione del c.d. *effects-based approach* anche a quelle pratiche che solo parzialmente (e, secondo l'Autorità, in misura minore) hanno avuto una componente tariffaria. Dalla giurisprudenza richiamata emerge che il test AEC, e i test prezzo-costi in generale, vanno considerati "facoltativi" e il loro impiego può essere ritenuto "utile" nei casi di pratiche non tariffarie che presentano dati ed effetti quantificabili (non era il caso di Unilever). Ciò rende evidente l'esigenza, anche sulla scorta della direzione che la giurisprudenza oltreoceano sta prendendo in questi casi, di uno sforzo definitorio in ordine alla natura di prezzo o meno che distingue, caso per caso, le singole fattispecie, al fine di individuare il migliore standard di valutazione auspicabile per indirizzare l'approccio della Commissione, delle Autorità nazionali ma anche delle imprese stesse. Sul punto, non può sfuggire come tale sforzo sia stato effettivamente compiuto dal Consiglio di Stato, nella parte della sentenza Unilever in cui ha ritenuto il test AEC non «dimostrativo» proprio perché riferito a condotte non definibili come di "predatorietà pura". In quel caso, infatti, il test AEC non poteva avere valore esimente né probante in quanto ad Unilever non veniva contestato un comportamento di "predatorietà pura", consistente nell'aver praticato sconti fidelizzanti troppo elevati o di aver imposto prezzi inferiori ai costi. La direzione di un'attenta analisi caso per caso al fine di individuare le caratteristiche concrete della pratica che giustificano l'utilizzo di un test quantitativo pare essere d'altronde anche la direzione auspicata dal *Policy brief*, il qua-

le specifica come l'AEC test «*may be inappropriate*» nei casi in cui gli sconti siano congiunti con altre pratiche non tariffarie, come nel caso Unilever⁶⁵.

La situazione di *impasse* che si sta profilando è chiara: da un lato, le Autorità e la Commissione a seguito dell'alto livello di analisi economica richiesto nelle sentenze Intel, Qualcomm e Google Android vedranno diminuire i propri appetiti a condurre un test quantitativo⁶⁶; dall'altro, le imprese – sulla scorta dell'estensione dell'*effects-based approach* anche ai casi non strettamente definibili come tariffari – presenteranno accurate prove economiche per contestare l'operato delle prime.

Non sarebbe dunque il caso di cogliere l'opportunità delle *Guidelines on exclusionary abuses* per mettere ordine sulla vicenda, garantire certezza del diritto e ridurre il rischio di imprevedibilità⁶⁷?

D'altronde, come chiaramente evidenziato nell'invito a presentare contributi per l'adozione delle *Guidelines on exclusionary abuses*, il fine della Commissione è garantire maggiore certezza del diritto per le imprese e contribuire a promuovere una prassi applicativa più coerente. Per fare ciò, tuttavia, la Commissione non può ignorare l'importante pronuncia della Corte di giustizia nel caso Unilever, ma dovrebbe riconoscere che essa ha esteso l'ambito di applicazione dell'*effects-based approach* anche alle pratiche non tariffarie quantificabili e che questo significa dover prendere una posizione sullo standard di valutazione in quelle fattispecie.

⁶⁵ *Ibidem.*, 6-7, spec. nota 59.

⁶⁶ È di questa opinione R. Lauer, *The Intel Saga*, cit.

⁶⁷ A. Police, *i poteri sanzionatori "di regolazione" delle autorità amministrative indipendenti tra legalità e giustiziabilità*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Torino, 2021, 185-198; Id. *Le sanzioni antitrust tra diritto amministrativo e diritto penale. Il Libro e la Spada: l'Autorità antitrust e il Leone di San Marco*, in *Rivista ApertaContrada*, 28 maggio 2014.

L'allargamento del c.d. effects-based approach ai rapporti di esclusiva. Il caso Unilever

Nonostante la sentenza del Tribunale sul caso Intel, la costruzione del nuovo mondo sembra non aver ancora raggiunto il settimo giorno. Il caso Unilever solleva, infatti, nuovi interrogativi sulla tendenza della giurisprudenza comunitaria all'allargamento applicativo del c.d. *effects-based approach* e, in particolare, sull'utilizzo del test del concorrente altrettanto efficiente nei casi di condotte «complesse» che coinvolgono in larga parte clausole di esclusiva. In occasione del pacchetto che la Commissione ha inaugurato il 27 marzo per rivedere i propri Orientamenti e adottare delle *Guidelines on exclusionary abuses*, il presente scritto intende analizzare alcuni aspetti che un approccio più economico basato sull'analisi degli effetti può avere nei casi grigi, composti da esclusive e sconti.

The broadening of the so-called effects-based approach to exclusivity agreements. The Unilever case

European precedents seem to have not yet taken a clear position after the Intel decision. In fact, Unilever case raises further questions about the tendency to broaden the application of the effects-based approach and of the as efficient competitor test in cases of conduct which largely involves exclusivity clauses. Considering the European Commission project to codify EU law on the application of Article 102 to exclusionary abuses of dominant positions, the purpose of this paper is to understand which implication may rise from an effects-based approach to cases of exclusivity and rebates.