



OFFICINA ECONOMICA
PER IL CONTENZIOSO E L'ANTITRUST

*Riflessioni economiche su principio e test AEC
leggendo la Sentenza UNILEVER (C-680/20)*

Alcuni «*punti di partenza*» e alcuni «*punti di arrivo*» nella Sentenza Unilever

- Il «*criterio*» del concorrente altrettanto efficiente prende in considerazione solo la concorrenza sui prezzi (par. 58)....

...ma anche «*in presenza di prassi non tariffarie la rilevanza di un siffatto criterio non può essere esclusa*» nei casi in cui «*le conseguenze della prassi di cui trattasi possano essere stimate*» (par. 59).

- Il ricorso al criterio AEC è «*facoltativo*» (par. 62)...

...ma può costituire «*un indizio degli effetti [potenziali] di talune prassi*» (par. 61), e comunque sorge per l’Autorità l’obbligo di considerarlo se allegato dall’impresa dominante (par. 60), di indicare le «*ragioni*» che eventualmente portino a rifiutare l’applicazione da essa proposta, nonché di «*determinare l’offerta di prove che potrebbe essere sostituita a detto studio*» (par. 55).

- Le clausole di esclusiva suscitano «*per loro natura, preoccupazioni legittime in relazione alla concorrenza*» (par. 51)...

...ma la loro idoneità escludente «*non è automatica*» (par. 61), possono essere «*oggettivamente giustificate*» e presentare un saldo positivo in termini di efficienza «*a beneficio anche del consumatore*» (par. 50). Quindi, l’Autorità è tenuta a dimostrarne «*la capacità di limitare la concorrenza*».

Il test AEC condotto «*alla luce della struttura di costi della stessa impresa in posizione dominante*» (par. 56) viene presentato come strumento «*utile*» tal fine.

Il principio AEC: alcuni ‘pensieri sparsi’ dopo la lettura della Sentenza Unilever

- La presenza di un’impresa dominante è collegata ad un indebolimento del grado di concorrenza sul mercato. Questa impresa ha una speciale responsabilità nel tutelare la concorrenza «secondo i meriti» (quindi, un «ideale economico» [A.G. Rantos] alimentato da una pluralità di valori, in teoria universali e in pratica legati ai tempi: effettività, efficienza, lealtà...).
- Il dibattito *antitrust* è quindi da sempre alla ricerca di **criteri** che discriminino tra condotte escludenti nocive e virtuose.
- La tendenza attuale del diritto della concorrenza definisce la natura delle condotte dell’impresa dominante guardando alla loro «nocività» e non soltanto alla loro «forma» (A.G. Rantos).
- Il **principio** AEC fornisce un chiaro discrimine generale aderente all’esigenza di indagare gli effetti:

Le condotte dell’impresa dominante che escludono gli operatori meno efficienti sono potenzialmente virtuose

Le condotte dell’impresa dominante che escludono anche gli operatori efficienti almeno quanto dell’impresa dominante sono potenzialmente nocive

L’idoneità dannosa per i consumatori deve però essere confermata alla luce della sua dimensione e delle condizioni di mercato.

Protezione di un processo per evitare condotte escludenti che si traducano in un danno per i consumatori [Fox (2003)].

Profit Sacrifice, No Economic Sense, AEC, Consumer Welfare. [O’Donoghue-Padilla (2022, p. 279): le differenze tra questi criteri non devono essere sopravvalutate].

Il concetto di nocività ha molte sfaccettature [Salop (2017): Raising Rival’s Cost Foreclosure Paradigm]

Ma ha potenziali limiti:

- può non catturare **la natura unfair** di condotte che indeboliscono gli AEC (l’efficienza può non essere l’unico aspetto del processo competitivo da tutelare);
- anche i concorrenti meno efficienti portano concorrenza, e possono determinare un saldo positivo per il benessere dei consumatori;
- la nozione di concorrente altrettanto efficiente può essere solo teorica o prospettica, in mercati con *first mover advantages*, *incumbency advantages*, elevati costi fissi, o nel caso di particolari condotte (*bundling* e *tying*);
- non esime dal bilanciamento tra pregiudizio all’AEC, e efficienze generate in grado di compensare questo danno [].

Il test AEC: il principio AEC ricondotto a un confronto tra prezzi e costi

- Il principio AEC trova applicazione in particolare nel *test* AEC, che per misurare («stimare») gli effetti sull'efficienza delle condotte non può che basarsi principalmente su un consolidato indicatore dell'efficienza economica, ossia la differenza (o meglio, il confronto) tra **prezzi** e **costi**.

1. **Prezzi** = *prezzo effettivo* che il concorrente dovrebbe offrire per convincere un cliente ad assegnargli **almeno una parte della domanda (*contestable share*)** togliendola all'impresa dominante. La particolarità di questo 'prezzo effettivo' (in realtà ipotetico) è che deve compensare il cliente di tutti gli *switching costs*. Per calcolarlo occorre dimensionare la *magnitudo* di questi incentivi (*switching cost* unitario x quantità potenzialmente acquisibili). Il prezzo effettivo è quindi in relazione negativa con il costo unitario di *switching*, e in relazione positiva con le quantità potenzialmente acquisibili (*contestable share*).

2. **Costi** = *costo ipotetico* del concorrente, assumendo che sia altrettanto efficiente rispetto all'impresa dominante, ossia che abbia la sua stessa struttura di costi (quindi, approssimata con i costi dell'impresa dominante stessa). Due soglie di costo: LRIC (costi incrementali, di lungo periodo) e AAC (costi medi evitabili, nozione di breve termine).

- Il *framework* AEC consente di «stimare» gli effetti delle condotte indagate su un concorrente altrettanto efficiente, e quindi in linea di principio è una *guidance ex ante* per l'impresa dominante, sia uno strumento che consente di basare l'analisi *ex post* su solidi fondamenti economici, limitando il ricorso a definizioni di condotte restrittive *a priori*.

Il *test* AEC ipotizza una uguale efficienza tra impresa dominante e concorrente ma sulla parte contendibile del mercato.

Questo suo *framework* accantona i vantaggi che l'impresa dominante può avere in relazione alla domanda non contendibile, o comunque assume che siano sempre monetizzabili, anche nel caso di prodotti differenziati.

O'Donoghue e Padilla (2022) osservano che «*This, plainly, is not a test based on equal efficiency*»

Un'impresa dominante con rilevanti economie di scala può trovarsi a competere con concorrenti REO (*reasonably efficient*) più che AEC (*as efficient*).

Xingyu e Vedder (2023): *Minimum Efficient Scale based test*

Melamed (2006) mette in guardia sulle criticità nella *predictability* del test AEC, connesse con i limiti del più ampio principio sottostante

Test AEC e clausole di esclusiva

- Nella prospettiva di un economista, la possibilità di analizzare in prospettiva AEC le clausole di esclusiva fa emergere sia loro punti comuni con le pure condotte di prezzo, sia questioni connesse a questo specifico tipo di fattispecie.
- I meccanismi di esclusione tra clausole di esclusiva e le condotte di prezzo non sono dissimili: entrambi attribuiscono vantaggi o vincoli ai clienti in modo da sottrarne i volumi alla concorrenza. Quindi, nella misura in cui questi vantaggi o vincoli sono «stimabili», entrambe le fattispecie rientrano nel *framework* del test AEC.
- Di fatto, le clausole di esclusiva possono limitare i profitti che l'impresa dominante deve sacrificare, quando parte della domanda non è contendibile, innalzando nel contempo i costi dei concorrenti, e quindi presentano un' idoneità escludente peculiare.

Le clausole di esclusiva storicamente erano considerate abusive per sé (Hoffmann-LaRoche). Polo e Motta (2004) argomentano che i contratti di esclusiva hanno una forte capacità di scoraggiare l'entrata, e che gli effetti di esclusione prevalgano se l'impresa che li utilizza ha un significativo potere di mercato. Fumagalli e Motta (2016) argomentano che sotto il profilo dell' idoneità escludente non vi è equivalenza neppure tra i contratti di esclusiva e gli sconti per l'esclusiva.

La Sentenza (par. 59) delinea addirittura i parametri da considerare nella stima, nel caso di «*clausole di esclusiva*»

Ma: «*non tutto ciò che conta può essere contato, e non tutto ciò che può essere contato conta*»

La presenza di condizioni di esclusiva, soprattutto in caso di prodotti differenziati e di vantaggi competitivi specifici dell'impresa dominante in relazione ai propri, rende quindi ancor più centrale studiare non solo la domanda contendibile e le sue relazioni con la domanda non contendibile, ma anche i vantaggi di costo derivanti dalle economie di scala.

Riflessioni conclusive

- La Sentenza Unilever rafforza il ruolo dell'analisi economica in tema di effetti e consolida il principio AEC, in modo piuttosto incisivo, indicando esplicitamente il relativo test come elemento «*utile*» per avere indizi sulla portata anti-concorrenziale anche nel caso di condotte che rientrano, ma non si esauriscono, nello schema di analisi prezzi vs costi.
- La locuzione «*qualora le conseguenze della prassi di cui trattasi possano essere stimate*» per un economista presuppone *quasi sempre* un sì, ma apre questioni sia metodologiche sia di quantificazione dei parametri tutt'altro che generalizzabili, che obbligano ad un'analisi del singolo caso.
- La circostanza che il test AEC sia «*facoltativo*» per l'Autorità, ma non possa essere ignorato se presentato dall'impresa dominante implica che:
 - questo test sia critico quando la *theory of harm* dell'Autorità è per l'appunto basata sull'esclusione di concorrenti altrettanto efficienti;
 - l'analisi economica vedrà rafforzato il suo ruolo di *double checking* delle evidenze fattuali e documentali;
 - i precedenti *effect based*, fermi restando i principi, avranno tratti poco generalizzabili.