



AEC test e criteri di valutazione delle condotte unilaterali escludenti

Gianluca Faella

Concorrenze – 25 Maggio 2023

Il concetto di condotta unilaterale escludente

- Il concetto di condotta unilaterale escludente e il relativo test di valutazione rappresentano un autentico *punctum dolens* nell’elaborazione antimonopolistica contemporanea. Tra le varie proposte rientrano
 - il pieno **bilanciamento** degli effetti pro e anticompetitivi
 - l’esclusione di concorrenti altrettanto efficienti (*as efficient competitor* o **AEC test**, con diverse varianti)
 - il *sacrifice* test
 - il *no-economic sense* test
 - l’accrescimento dei costi dei rivali (*raising rivals’ costs*)
 - le condotte che **accrescono il potere di mercato, non producono benefici** per i consumatori e sono **agevolmente identificabili e condannabili**
 - il *disproportionality* test (Section 2 Report del DOJ statunitense del 2008)
 - la **preclusione anticoncorrenziale**, basata su due elementi: (i) l’esclusione dei concorrenti e (ii) il possibile pregiudizio per gli interessi dei consumatori (Orientamenti della Commissione del 2009)
 - la nozione di **preclusione anticoncorrenziale rivisitata** nel 2023: comportamento che “*compromette una struttura concorrenziale effettiva*”, consentendo all’impresa dominante di “*influenzare negativamente, a suo vantaggio e a danno dei consumatori, i diversi parametri della concorrenza*”, quali prezzi, produzione, innovazione, varietà e qualità (Modifiche agli Orientamenti del 2023)

Il criterio dell'AEC

- Il criterio dell'AEC è dotato di **indubbio fascino**, in quanto coerente con
 - il principio secondo cui il diritto antitrust dovrebbe garantire il fisiologico funzionamento del processo concorrenziale, quale **strumento di selezione** delle imprese più efficienti
 - l'idea che le iniziative concorrenziali delle imprese dominanti dovrebbero essere consentite ove idonee a innescare, tramite un processo di imitazione, **dinamiche competitive virtuose** (concorrenza sui meriti)

- Tuttavia, il criterio dell'AEC non è una panacea. Al di là delle recenti tendenze espansive dell'antitrust, sono stati rilevati diversi fattori che potrebbero **limitarne** l'utilizzabilità
 - L'esigenza di tutelare i concorrenti *non ancora* altrettanto efficienti (**not-yet AEC**)
 - I possibili effetti positivi derivanti dalla pressione concorrenziale esercitata da **concorrenti meno efficienti**
 - L'esigenza di tener conto di **situazioni di asimmetria**, ossia posizioni di vantaggio competitivo dell'impresa dominante, non ragionevolmente superabili/replicabili dai concorrenti
 - La particolare difficoltà nell'applicare tale criterio a **talune pratiche di prezzo** (es., sconti fidelizzanti)
 - La possibilità di applicare il criterio dell'AEC, nato per le condotte di prezzo, a **pratiche non tariffarie**
 - Le condotte puramente escludenti, ossia prive di qualsivoglia valenza positiva (**naked exclusion**)

I dubbi sul criterio dell'AEC

- Tali questioni si riflettono in alcuni **dubbi e domande** circa rilevanza, ambito e contenuto dell'AEC test nella prassi antitrust europea
 - Il criterio dell'AEC può essere considerato uno **standard di valutazione** valido in generale per le condotte abusive, o almeno per alcune di queste (segnatamente, le condotte di prezzo, o alcune di tali pratiche)?
 - Ove utilizzabile, il criterio dell'AEC opera come *safe harbor*? Oppure la condotta contestata può essere ritenuta abusiva su altre basi?
 - Più in generale, **cosa si intende per criterio dell'AEC**? È un test quantitativo basato su prezzi e costi dell'impresa dominante? O un criterio di portata più ampia?
- La sentenza *Unilever* affronta alcuni nodi e fornisce alcune indicazioni, ma deve essere analizzata nel quadro della **più generale evoluzione** della giurisprudenza delle corti europee sull'art. 102 TFUE (incluse le sentenze *Intel* e *SEN*)

La sentenza *Servizio Elettrico Nazionale* (1)

- *SEN* è probabilmente il caso in cui la Corte ha affrontato più direttamente il controverso tema della **nozione di condotta abusiva**, analizzandone diversi profili (effetti attuali e potenziali, necessità di dimostrare l'uso di mezzi diversi dalla concorrenza sui meriti, rilevanza dell'AEC test, rilevanza dell'intento)
- La sentenza *SEN* (2022) ha individuato **due requisiti** per accertare un abuso
 - (i) “*capacità di produrre*” effetti escludenti (par. 69)
 - (ii) ricorso a **mezzi diversi da quelli “*propri di una concorrenza ‘normale’*”,** ossia “*basata sui meriti*” (par. 75) → esigenza di un elemento di anti giuridicità *ulteriore* rispetto alla mera capacità escludente
- Il **criterio dell'AEC** (inteso in senso ampio come impossibilità per un AEC di “*replicare il comportamento*” dell'impresa dominante) può rilevare per l'accertamento di entrambi i requisiti
 - (i) In generale, una condotta idonea a escludere un AEC ha **capacità escludente** (par. 71)
 - (ii) L'AEC è “*uno dei criteri che consentono di stabilire se tale comportamento debba o meno essere considerato basato sull'utilizzo di mezzi propri di una concorrenza normale*” (par. 82). Una condotta non replicabile da un AEC **non è conforme alla concorrenza sui meriti** (ma non vale l'inverso...)

La sentenza *Servizio Elettrico Nazionale* (2)

- La Corte ha fornito, altresì, alcune ulteriori precisazioni circa i possibili comportamenti **non conformi alla concorrenza sui meriti**
 - “qualsiasi pratica per l’attuazione della quale un’impresa dominante **non ha alcun interesse economico se non quello di eliminare i suoi concorrenti per poter poi rialzare i propri prezzi traendo profitto dalla sua situazione di monopolio**” (par. 77; citando *AKZO*) → criterio dell’AEC? *No-economic sense test*?
 - “pratica che non può essere adottata da un ipotetico concorrente il quale, benché altrettanto efficiente, non detenga una posizione dominante sul mercato di cui trattasi, poiché tale pratica **si basa sullo sfruttamento di risorse o di mezzi propri di una tale posizione**” (par. 77) → criterio dell’AEC, corretto per tener conto della possibilità di sfruttare una situazione di asimmetria o vantaggio competitivo non replicabile?
 - **altri comportamenti:** l’AEC test “è **solo uno dei modi per dimostrare che un’impresa in posizione dominante ha fatto ricorso a mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza «normale», sicché le autorità garanti della concorrenza non hanno l’obbligo di fondarsi sistematicamente su un test del genere**”, anche per gli abusi di prezzo (par. 81; citando *Post Danmark II*) → *naked exclusion*? Altri casi?

La sentenza *Unilever* (1)

- In *Unilever* (2023), la Corte ha affrontato, tra l'altro, la questione se il criterio dell'AEC sia rilevante anche in caso di **clausole di esclusiva** in contratti di distribuzione, o condotte connotate da una **molteplicità di pratiche abusive** (ossia, sconti fidelizzanti e clausole di esclusiva)
- Nella sentenza, la Corte ha richiamato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui le clausole di esclusiva “*costituivano, per loro natura, sfruttamento di posizione dominante*” (par. 46). Tuttavia, la Corte ha ritenuto che
 - occorre **precisare la giurisprudenza** sulle clausole di esclusiva **alla luce della sentenza *Intel***, perché “*la loro capacità di escludere i concorrenti non è automatica*” (par. 51) e possono esservi effetti positivi. Questo impone di valutarne la **capacità escludente** alla luce di **tutte le circostanze rilevanti**, incluse eventuali analisi economiche prodotte dall'impresa dominante per dimostrare l'**inidoneità a escludere un AEC**
 - la necessità di tener conto delle eventuali analisi prodotte dall'impresa dominante trova ulteriore fondamento e legittimazione nell'esigenza di garantire il **diritto di difesa** (par. 54)

La sentenza *Unilever* (2)

- Nello specifico caso delle clausole di esclusiva, il criterio dell'AEC (inteso come *test di prezzo*) “*può teoricamente servire a stabilire*” se un AEC sia in grado di fornire i propri prodotti ai distributori, compensandoli per le “*indennità che [gli stessi] dovrebbero pagare per cambiare fornitore*”, o per le “*perdite che essi dovrebbero subire dopo un tale cambiamento a seguito della revoca degli sconti precedentemente concessi*” (par. 59)
- Tuttavia, in linea con *Intel*, la Corte precisa che l'uso dell'AEC test non è obbligatorio per l'autorità antitrust. Lo diviene solo se l'impresa interessata formula **specifiche difese in tal senso**, fornendo elementi a supporto
 - “*Il ricorso al criterio detto «del concorrente altrettanto efficiente» ha carattere **facoltativo***”
 - “*Tuttavia, se i risultati di un siffatto criterio sono prodotti dall'impresa interessata nel corso del procedimento amministrativo, l'autorità garante della concorrenza è **tenuta a esaminarne il valore probatorio***”

La rilevanza del criterio dell'AEC: le condotte di prezzo

- Le sentenze *SEN* e *Unilever* forniscono importanti indicazioni sulla **rilevanza del criterio dell'AEC** per le diverse condotte (di prezzo e non)
- In *SEN*, la Corte ha riconosciuto che “[1]a **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**” (par. 79)
- In particolare, per le **pratiche tariffarie** (“sconti di fedeltà”, “prezzi selettivi o ... predatori” e “pratiche di compressione dei margini”), la Corte ha
 - ricordato che “**sono valutate, in generale, applicando il cosiddetto criterio del «concorrente altrettanto efficiente»**” (par. 80)
 - sottolineato “**l'importanza generalmente attribuita**” all'AEC test (par. 82), pur precisando che non è l'unico metodo utilizzabile

La rilevanza del criterio dell'AEC: le condotte non di prezzo

- In *SEN*, la Corte sembra considerare l'AEC come **criterio di portata più ampia** (“*impossibilità ... di imitare la pratica*”), che va oltre un test di prezzo e può essere rilevante anche per le **pratiche non tariffarie**
 - In particolare, la Corte richiama l'esempio dei “**rifiuti di fornitura**”: “*la scelta di un'impresa dominante di riservare a sé stessa la propria rete di distribuzione non costituisce un rifiuto di fornitura contrario all'articolo 102 TFUE laddove sia possibile per un concorrente creare una rete analoga per la distribuzione dei propri prodotti*” (par. 83)

- In *Unilever*, la Corte sembra considerare una **nozione più ristretta di “criterio” dell'AEC**, inteso essenzialmente come **test di prezzo**
 - In quest'ottica, la Corte ha affermato che “*un criterio di tale natura può essere inadeguato in presenza, in particolare, di talune prassi non tariffarie, come un rifiuto di consegna*” (par. 57)
 - Nondimeno, la Corte ha ritenuto che, “*anche in presenza di prassi non tariffarie, la rilevanza di un siffatto criterio non può essere esclusa*”, indicando una possibile applicazione dell'AEC test (inteso come test di prezzo) alle clausole di esclusiva (par. 59)

La rilevanza del criterio dell'AEC: le implicazioni per l'accertamento di un abuso

- Ulteriore questione è quali siano le **implicazioni** del criterio dell'AEC per l'accertamento di un abuso (di prezzo e non)
 - Il criterio dell'AEC può essere decisivo **in positivo**, per accertare un abuso → una condotta idonea a escludere un AEC è, in linea di principio, (i) capace di avere effetti escludenti e (ii) non conforme al parametro della concorrenza sui meriti (cfr. *SEN*)
 - Più complessa è la questione se tale criterio possa essere decisivo **in negativo**, operando come *safe harbor* che consente di escludere un abuso → alcuni passaggi delle sentenze in questione potrebbero suggerire che il criterio dell'AEC non sia necessariamente decisivo (test “*facoltativo*”; “*solo uno dei modi*” per dimostrare il ricorso a mezzi diversi dalla concorrenza sui meriti; se il test è prodotto da un'impresa dominante, l'autorità antitrust “è tenuta a esaminarne il valore probatorio”, ma non è precisato in che misura ne sia vincolata)
- Infatti, dopo l'annullamento di alcune importanti decisioni (*Intel*, *Qualcomm*), la Commissione ha preso spunto dagli ultimi sviluppi della giurisprudenza europea per alleggerire alcuni degli oneri di cui si era gravata con gli Orientamenti, **ridimensionando significativamente** il ruolo del criterio dell'AEC *per gli stessi abusi di prezzo*

Le Modifiche agli Orientamenti (1)

- In particolare, facendo leva sugli ultimi sviluppi giurisprudenziali, nelle **Modifiche agli Orientamenti (2023)**, la Commissione ha affermato che
 - *“non è opportuno, per quanto riguarda il comportamento di esclusione **basato sui prezzi** messo in atto da un’impresa dominante, **esaminare in via prioritaria solo** i comportamenti che possono comportare **l’uscita dal mercato o la marginalizzazione di concorrenti che sono efficienti quanto l’impresa dominante in termini di struttura dei costi**. Infatti, in determinate circostanze, **anche imprese meno efficienti dell’impresa dominante in termini di struttura dei costi possono esercitare una concorrenza effettiva**” (par. 2)*
 - *“il criterio del «concorrente altrettanto efficiente» è **solo uno dei vari metodi** per valutare, insieme a tutte le altre circostanze rilevanti, se un comportamento sia in grado di produrre effetti preclusivi. La Corte di giustizia ha inoltre chiarito che il ricorso al criterio del «concorrente altrettanto efficiente» è **facoltativo** e che un criterio di tale natura **può essere inadeguato a seconda del tipo di pratica o delle dinamiche di mercato rilevanti**. Di conseguenza, **un uso generalizzato** di questo criterio per determinare quali casi di comportamento di esclusione basato sui prezzi siano da esaminare in via prioritaria **non è giustificato** e, qualora il criterio sia applicato, i risultati che ne derivano dovrebbero sempre essere **valutati insieme a tutte le altre circostanze rilevanti**” (par. 3)*

Le Modifiche agli Orientamenti (2)

C. Price-based exclusionary conduct

23. The considerations in paragraphs 23 to 27 apply to price-based exclusionary conduct. Vigorous price competition is generally beneficial to consumers. With a view to preventing anti-competitive foreclosure, the Commission will ~~normally only~~generally intervene where the conduct concerned has already been or is capable of hampering competition from competitors ~~which—that~~ are considered to be as efficient as the dominant undertaking⁽¹⁾.

24. ~~However~~At the same time, the Commission recognises that in certain circumstances a less efficient competitor may also exert a constraint which should be taken into account when considering whether particular price-based conduct leads to anti-competitive foreclosure^(1a). The Commission will take a dynamic view of that constraint, given that in the absence of an abusive practice such a competitor may benefit from demand-related advantages, such as network and learning effects, which will tend to enhance its efficiency.

25. In order to determine whether even a hypothetical competitor as efficient as the dominant undertaking in terms of costs would ~~be~~

likely ~~to be~~ foreclosed by the conduct in question, the Commission ~~will~~may examine economic data relating to cost and sales prices, and in particular whether the dominant undertaking is engaging in below-cost pricing^(1b). This will require that sufficiently reliable data be available. Where available, the Commission will use information on the costs of the dominant undertaking itself. If reliable information on those costs is not available, the Commission may decide to use the cost data of competitors or other comparable reliable data.

27. When analysing data to assess whether an equally efficient competitor can compete effectively with the pricing conduct of the dominant undertaking, if the data clearly suggest that an equally efficient competitor can compete effectively with the pricing conduct of the dominant undertaking, the Commission will, in principle, infer that the dominant undertaking's pricing conduct is not likely to have an adverse impact on effective competition, and thus on consumers, and will therefore be unlikely to intervene. If, on the contrary, the data suggest that the price charged by the dominant undertaking has the potential to foreclose equally efficient competitors, then the Commission will integrate this analysis in the general assessment of anti-competitive foreclosure (see Section B above), taking into account other relevant quantitative and/or qualitative evidence⁽⁴⁾.

Considerazioni conclusive: quale ruolo per il criterio dell'AEC? (1)

- La giurisprudenza della Corte ha **riconosciuto la rilevanza** del criterio dell'AEC non solo per le condotte di prezzo, ma anche per quelle non di prezzo, pur utilizzando per entrambe un linguaggio **non particolarmente cogente**
- La Commissione sembra far leva sulla giurisprudenza della Corte (che ha esteso il criterio dell'AEC a condotte non di prezzo) per **ridimensionare** il ruolo e la rilevanza di detto criterio e del relativo test di prezzo per le stesse condotte di prezzo. Il rischio è l'utilizzo di un approccio magari economico, ma **destrutturato e difficilmente prevedibile**, che potrebbe disincentivare condotte potenzialmente procompetitive
- Alla luce della recente giurisprudenza della Corte, il criterio dell'AEC (in senso ampio) (i) dovrebbe continuare a essere il **criterio di riferimento** per le pratiche di prezzo e (ii) può assumere **rilevanza, più in generale**, per valutare (*rectius*, escludere) abusi non di prezzo

Considerazioni conclusive: quale ruolo per il criterio dell'AEC? (2)

- Tuttavia, il criterio dell'AEC deve essere applicato con gli **opportuni accorgimenti**
 - In alcuni casi, può essere necessario **adattare** il criterio dell'AEC per tener conto di possibili **situazioni di asimmetria** tra l'impresa dominante e i concorrenti (vantaggi non replicabili, quali disponibilità esclusiva di particolari risorse, effetti di rete, presenza di una quota non contendibile della domanda, etc.)
 - Per talune pratiche (quali gli sconti fidelizzanti), possono esservi notevoli **difficoltà** nell'applicare un test di prezzo basato sul criterio dell'AEC. Tuttavia, tali difficoltà potrebbero essere gestite non eludendo *tout court* l'AEC test, ma adottando uno **standard probatorio ragionevole**. In molti casi, un test di prezzo non può dare una risposta certa, ma può fornire **utili indicazioni** circa la possibile portata escludente della pratica, da esaminare **unitamente agli ulteriori elementi probatori** per valutare il **rischio di esclusione di un AEC**
- D'altra parte, il criterio dell'AEC appare **non necessario** in presenza di condotte esclusivamente volte a estromettere i concorrenti o accrescerne i costi, senza apportare alcun beneficio ai consumatori né determinare alcun effetto positivo sul piano concorrenziale (c.d. *naked exclusion*)



© 2023 Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP. All rights reserved.

Throughout this presentation, "Cleary Gottlieb", "Cleary" and the "firm" refer to Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP and its affiliated entities in certain jurisdictions, and the term "offices" includes offices of those affiliated entities.