

Mc Donald's e Antitrust

Qualche riflessione in attesa della Commissione

Di Paolo Belardinelli e Francesco Bruno

Le accuse lanciate dalle associazioni dei consumatori Codacons, Cittadinanzattiva e Movimento Difesa del Cittadino contro Mc Donald's, per asserite violazioni della normativa europea Antitrust, hanno fatto il giro del mondo, come sempre accade quando si discute di una multinazionale di certe dimensioni e di immenso impatto mediatico.

Prima di entrare nel merito delle accuse è bene chiarire alcuni punti riguardanti il principale illecito anticoncorrenziale che avrebbe commesso la catena di *Fast food*, ovvero l'abuso di posizione dominante nei confronti dei suoi affiliati (tramite contratti di *franchising*), oltre che una chiara restrizione della concorrenza ex art. 101 TFUE a danno dei consumatori finali.

Paolo Belardinelli è Fellow Istituto Bruno Leoni.

Francesco Bruno è Avvocato e LL.M. in Law and Economics.

Pillole dell'abuso di posizione dominante

Disciplinato dall'Art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) e dall'Art. 3 della Legge italiana Antitrust, l'abuso di posizione dominante è un illecito anticoncorrenziale che si verifica nel caso in cui un'impresa, in posizione dominante, sfrutti la sua posizione di forza per danneggiare o eliminare i concorrenti, con effetti negativi per i consumatori. Come noto, non è la posizione dominante a essere punita, ma l'abuso della stessa.

Tale violazione si può verificare attraverso varie condotte, anche molto diverse tra loro. Ad esempio l'abuso può consistere nell'applicare prezzi irragionevolmente alti o eccessivamente bassi per eliminare i piccoli concorrenti, nel rifiuto di contrarre con alcuni clienti, nel condizionare la vendita di un prodotto alla vendita di altro prodotto etc. Un focus primario concerne le cosiddette restrizioni verticali.

La legge Antitrust si interessa delle relazioni verticali tra imprese sia in termini di potenziali intese restrittive della concorrenza (Art. 101 TFUE) dove la vittima potrebbe essere il consumatore o un'altra impresa, sia di abuso di posizione dominante dove si mira a proteggere il contraente debole da abusi perpetrati dal soggetto dominante sul mercato.

Franchising e Antitrust

Tramite il contratto di *franchising*, un'impresa affiliante (il *franchisor*) trasferisce a un'impresa affiliata (il *franchisee*) il diritto di utilizzare un marchio, insieme alla condivisione di *know-how* (ovvero conoscenze strategiche, gestionali e tecniche, spesso accompagnate da una concreta assistenza per l'intera durata del contratto), in

cambio del pagamento di un corrispettivo e dell'assunzione di altri obblighi.

Tali obblighi riguardano la vendita dei prodotti, patti di non concorrenza o distribuzione esclusiva e così via, e rappresentano il motivo principale per cui il *franchising* è oggetto di interesse del diritto della concorrenza. Se tali restrizioni sono eccessivamente gravose per l'affiliato e la casa madre è in posizione dominante, stando alla normativa antitrust, si potrebbe astrattamente configurare un abuso di posizione dominante. Ma il *franchising* interessa alle autorità Antitrust anche sul versante delle intese restrittive ex art. 101 TFUE, perché gli accordi verticali potrebbero, appunto, restringere la concorrenza in un determinato mercato a causa delle clausole fortemente limitative.

Ma come si rileva innanzitutto se un'impresa è in posizione dominante? In primo luogo occorre individuare il mercato rilevante, osservando e analizzando a) il mercato del prodotto e b) il mercato geografico. Un'operazione, questa, più facile a dirsi che a farsi.

Il mercato rilevante del prodotto è composto da tutti i beni e servizi che i consumatori considerano sostituibili tra loro in base a caratteristiche, prezzo e uso. Nel nostro caso, per esempio, possiamo essere pressoché sicuri che gli hamburger di Mc Donald's e quelli di Burger King appartengano allo stesso mercato del prodotto. Non possiamo però esserlo altrettanto se paragoniamo l'hamburger di Mc Donald's a una pizza di Spizzico o all'hamburger *gourmet* del nuovo posto che ha aperto all'angolo. Troveremo anzi valide ragioni sia per sostenere che possano appartenere allo stesso mercato di prodotto che per sostenere il contrario. Il mercato geografico rilevante invece è un'area dove le condizioni di concorrenza per un certo prodotto sono omogenee (ad esempio l'Italia o l'Unione Europea).

Stabilire correttamente quale sia il mercato rilevante è un passaggio fondamentale, seppur difficile e soggetto a discrezionalità, per l'intera procedura. Da esso dipende la corretta definizione della quota di mercato rilevante detenuta dall'impresa. Questo indicatore rappresenta una delle prime discriminanti utilizzate dalle autorità: secondo l'orientamento della Commissione una quota di mercato rilevante inferiore al 40% difficilmente può considerarsi dominante (e se non è dominante l'art. 102 è inapplicabile). Anche altri fattori vengono presi in considerazione per individuare la posizione dominante, come le barriere all'ingresso del mercato, le dimensioni e la forza contrattuale dell'impresa, nonché le sue disponibilità finanziarie.

Ad ogni modo, è bene tenere presente che nella disciplina dell'abuso di posizione dominante, emergono notevoli difficoltà di interpretazione, dove la discrezione del regolatore (in questo caso, la Commissione) gioca un ruolo fondamentale. Gli stessi manuali utilizzati in università per studiare la disciplina della concorrenza mettono in guardia; in uno di questi si legge che «la disciplina dell'abuso di posizione dominante costituisce un settore del diritto della concorrenza che pone all'interprete particolari difficoltà ermeneutiche».¹

L'abuso di posizione dominante dopo tutto, dal punto di vista qualitativo, non è un concetto tanto diverso da quello di potere di mercato. Essi sembrerebbero differenziarsi più da un punto di vista quantitativo; ci sarebbe una soglia oltre la quale il potere di mercato, ovvero la capacità di un'azienda di aumentare profittevolmente i prezzi al di sopra del livello competitivo, si trasforma in abuso di posizione dominante. Le modalità per fissare correttamente questa soglia sono, al minimo, sempre discutibili, prima di tutto perché le informazioni a disposizione sono sempre parziali. Probabilmente, è anche a tale discrezionalità cui è sottoposta questa parte della materia antitrust che Edwin Rockfeller si riferiva nella sua

apertura al libro *La Religione dell'Antitrust*:

Noi tutti aspiriamo a un governo delle leggi, non degli uomini. Il *rule of law* implica regole coerenti e verificabili per guidare e giudicare i comportamenti. La tesi che voglio dimostrare in questo libro è che la normativa antitrust non è coerente con la nostra aspirazione a vivere in un mondo governato dalle leggi. Infatti, si può dire a ragione che il diritto antitrust è un mito. L'antitrust è una religione, e l'applicazione delle sue norme è arbitraria e frutto della regolamentazione politica delle attività economiche, più che dell'applicazione di un insieme coerente di norme adottate dal Congresso.²

Le accuse mosse a Mc Donald's

Riassunte in queste slide,³ le accuse sollevate dalle suddette associazioni italiane (supportate dal sindacato statunitense SEIU) e contenute in un esposto inviato all'attenzione della Commissione Europea, riguardano principalmente i seguenti punti:

- 1) Mc Donald's sarebbe la sola catena di *Fast food* che obbliga i suoi affiliati ad affittare immobili di sua proprietà, chiedendo canoni eccessivi;
- 2) I contratti di *franchising* limiterebbero fortemente la possibilità degli affiliati di cambiare *brand*;
- 3) I rischi che ricadrebbero sugli affiliati comporterebbero difficoltà finanziarie, *performance* inferiori a quelle dei rivali e rischio fallimento;
- 4) Tutto ciò comporterebbe effetti negativi sui consumatori di tutta Europa, in termini di prezzi e qualità;
- 5) Il 66 % dei ricavi del *franchising* di Mc Donald's in Europa deriverebbe da affitti che sarebbero molto più alti rispetto ai canoni di mercato e a quelli pagati dai concorrenti;
- 6) I canoni, secondo la denuncia, non sarebbero alti per consentire a Mc Donald's di proteggere le sue operazioni economiche, ma per ottenere benefici economici e per limitare la libertà degli affiliati;
- 7) In sostanza, Mc Donald's otterrebbe ingiustificati e sproporzionati vantaggi finanziari a danno dei *franchisee*, distorcendo la concorrenza;
- 8) I contratti di *franchising* conterebbero clausole e obblighi anticoncorrenziali imposti agli affiliati (20 anni di affiliazione, *royalty* molto alte, clausole di risoluzione anticipata, *policy* restrittive e patti di non concorrenza da 1 a 2 anni);
- 9) Uno studio dimostrerebbe che i menu nei locali gestiti dagli affiliati sarebbero più costosi di quelli gestiti direttamente dalla compagnia e, in questi ultimi, il personale sarebbe quantitativamente maggiore e garantirebbe migliori standard di servizio per i consumatori rispetto ai locali in *franchising*.

Questo è in sintesi quanto sostengono le associazioni dei consumatori, che richiedono un intervento tempestivo della Commissione Europea.

Per capire se le accuse trovino sostegno fattuale, si può innanzitutto cercare di saperne di più sui contratti di *franchising* tra Mc Donald's e affiliati. Ci viene in aiuto direttamente il sito

2 Edwin S. Rockefeller, *La Religione dell'Antitrust*, Torino, IBL libri, 2011.

3 http://www.cittadinanzattiva.it/files/notizie/consumatori/Presentation_DEF.pdf

web di Mc Donald's Italia,⁴ che illustra i caratteri essenziali delle condizioni per aprire un ristorante in *franchising*. In breve:

- 1) In primis è confermato che l'80% della catena di ristoranti si basa sul modello del *franchising*;
- 2) È prevista una rigorosa selezione del soggetto che vuole affiliarsi;
- 3) Il contratto può durare fino a 20 anni, perché la compagnia predilige rapporti di lunga durata;
- 4) Occorre una capacità finanziaria personale di almeno 500.000 €;
- 5) Mc Donald's cerca persone fisiche, non investitori;
- 6) Il costo massimo dell'investimento è di circa 1.150.000,00 €, oltre a una *fee* iniziale di massimo 54.900 € più IVA. Il costo è dovuto per l'acquisto di cucine, arredamenti della sala, decori e insegne;
- 7) Una volta iniziata l'attività, l'affiliato corrisponde alla compagnia: a) affitto mensile in percentuale alle vendite nette (NdA dovrebbe essere intorno all'8% del fatturato), b) *royalty* pari al 5 % delle vendite nette, c) 4% delle vendite nette da corrispondere per la pubblicità nazionale effettuata dalla compagnia.

Quanto guadagnano gli affiliati? E come si comportano i concorrenti?

Come si può bene capire, affiliarsi a Mc Donald's ha un costo notevolissimo. Occorre quindi capire se sia un investimento che giustifichi i *sunk cost* e gli altri oneri imposti dalla multinazionale.

Non risulta che ci sia carenza di affiliati attorno alla casa madre Mc Donald's. Questo già dovrebbe bastare a capire la convenienza dell'investimento; la presenza di tanti agenti che, in un modo o nell'altro, investono i propri soldi e le proprie energie in questo prodotto, vale più di ogni valutazione dell'investimento. Sembra confermarlo Giacomo Bosia, gestore di molti ristoranti Mc Donald's nell'hinterland milanese, in un'intervista rilasciata al quotidiano la Repubblica nel 2013:⁵ il fatturato medio annuo di un ristorante sarebbe di circa 2-3 milioni di euro, con un ritorno dell'investimento previsto tra il quarto e il quinto anno e un *cash-flow* dell'8/10%.

Questi dati del sito specializzato *Market Realist*⁶ illustrano meglio la situazione a livello mondiale. In Europa, nel 2012 il margine operativo della compagnia è stato di circa 1 miliardo e 600 milioni di dollari, quello degli affiliati 266 milioni (percentuale superiore al 16%).

È chiaro quindi che il valore del marchio di Mc Donald's è ancora molto potente e garantisce ottimi guadagni per gli affiliati, soprattutto per quelli particolarmente bravi nella gestione.

Vediamo invece come si comportano i concorrenti di Mc Donald's. L'attenzione ricade necessariamente sul *competitor* storico, Burger King, e sulle condizioni⁷ dei suoi contratti di *franchising*:

- 1) Occorre dimostrare di possedere almeno 750.000 euro;

4 <http://www.mcdonalds.it/azienda/il-franchising>

5 <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2013/04/08/big-mac-alla-campagna-ditalia-500-milioni.html>

6 <http://marketrealist.com/2013/12/important-franchise-revenues-mcdonalds/>

7 <http://it.burger-king.ch/submenu/company/franchising>

- 2) L'investimento iniziale può costare dai 750.000 ai 4 milioni di euro;
- 3) La durata del contratto può essere superiore persino ai 20 anni;
- 4) È prevista un'*initial fee* da 50.000 dollari;
- 5) 5% del fatturato mensile netto per la licenza e 5% per la pubblicità da corrispondere alla compagnia.

Come si vede, le condizioni non sono molto diverse da quelle imposte da Mc Donald's. In alcuni casi quelle previste da Burger King sono anche più stringenti, anche se il sito non specifica nulla sugli affitti. Ma vediamo un po' alcuni dati di Burger King, aiutandoci sempre tramite il sito *Market Realist*.⁸

Colpisce una frase inerente all'analisi dell'anno 2014: "Burger King is moving towards a 100% franchise model" (Burger King si sta muovendo verso un modello di soli *franchising*). Nel mercato di riferimento dunque, il *franchising* non è quindi una prerogativa di Mc Donald's (nel 2014 Burger King operava per il 99% tramite ristoranti in *franchising*). Perché questa scelta? Probabilmente l'obiettivo è quello di ridurre, se non azzerare, i costi di gestione dei ristoranti, aumentando così i profitti. Ma tale scelta di *business* non pare avere alcuna connessione con la normativa Antitrust.

In merito ai fatturati, quello medio annuo di Burger King in Italia è di circa 1 milione e mezzo di euro per ristorante.⁹ Probabilmente (servirebbe di certo un'analisi più approfondita) il ritorno dell'investimento iniziale potrebbe essere più ritardato rispetto a quello di Mc Donald's, poiché quest'ultima garantisce ancora fatturati maggiori, con costi che non sembrerebbero essere molto dissimili da un'analisi *prima facie* come la presente.

I probabili sviluppi della vicenda

Quel che ai nostri fini interessa non è tanto la comparazione tra due operatori significativi nel settore del fast food, quanto piuttosto sottolineare l'uso strumentale e rischioso di una disciplina critica come l'antitrust per sindacare le scelte gestionali di un'azienda.

Siamo agli albori di una possibile indagine della Commissione. Come ha dichiarato Dave Anderson (Avvocato esperto di Antitrust e partner dello studio *Berwin Leighton Paisner LP*) a *The Wall Street Journal*,¹⁰ la strada per i denunciatori è difficile, soprattutto perché in primo luogo si dovrà accertare l'asserita posizione dominante di Mc Donald's (che non sembra affatto scontata) e poi si dovrà verificare nel merito se le accuse siano fondate e se, soprattutto, le condotte della compagnia violino le norme europee a tutela della concorrenza.

Infatti, guadagnare tanto, tantissimo, e massimizzare i profitti scegliendo un certo modello di *business* (proprietà anziché panini) non significa nulla in termini di Antitrust. La maggior parte delle accuse mosse a Mc Donald's riguarda il suo rapporto con gli affiliati e la penalizzazione che questi ultimi subirebbero dal suo abuso di posizione dominante. Va ricordato che nulla impone agli affiliati di affiliarsi. Questo è quello che spesso ci si dimentica nel pensare ai rapporti di scambio: se lo scambio avviene, è perché entrambe le parti ne traggono vantaggio. Il *franchising* è anch'esso, per quanto particolare, uno scambio: un marchio e molta conoscenza in cambio di alcune garanzie e denaro. Se da un lato guadagna Mc Donald's, affinché lo scambio si faccia (cioè che venga siglato il *franchising*) è necessario che dall'altro

8 <http://marketrealist.com/2014/09/analyzing-burger-kings-shifting-business-model-focus-2q14/>

9 <http://www.blogdieconomia.it/burger-king-sbarca-italia-sfida-mcdonalds-14802.html>

10 <http://www.wsj.com/articles/mcdonalds-faces-eu-anti-trust-complaint-1452592146>

lato guadagnino anche gli affiliati. Come confermato anche da Giacomo Bosia, sembra proprio che sia così, e non si capisce come le aspettative di reciproco guadagno delle parti, che fanno sì che ogni contratto di *franchising* venga firmato, possa portare la Commissione a concludere che si sia effettivamente verificato l'abuso di posizione dominante.

Un profilo di verifica potrebbe riguardare l'ipotesi di abuso nella forma del *margin squeeze*, per ciò che concerne le asserite differenze di prezzi da ristoranti gestiti dalla compagnia e quelli gestiti dagli affiliati. Il *margin squeeze* è una delle condotte che integrano l'abuso di posizione dominante e si verifica nel caso in cui, come spiega il Professor Lorenzo Pace, "un'impresa verticalmente integrata che detiene una posizione dominante nel mercato di un input a monte e opera in concorrenza con altre imprese nel mercato a valle, fissa i prezzi dell'input a un livello così elevato o i prezzi di vendita del proprio prodotto nel mercato a valle a un livello così basso da non lasciare all'impresa concorrente attiva solo nel mercato a valle un margine di rivendita sufficiente per continuare ad operare".¹¹ Se ciò venisse verificato durante l'istruttoria, la compagnia potrebbe rischiare una sanzione. Ma anche in questo caso emergono tutti i limiti già richiamati nel corso di questa analisi. Quanto è alto un "margine di rivendita sufficiente per continuare ad operare"? Più che stabilirlo a tavolino in base a criteri più o meno scientifici e informazioni comunque parziali, siamo convinti che sia meglio lasciare decidere a chi tira fuori i soldi di tasca propria se il margine di rivendita sia sufficiente o meno.

Al di là del fatto che l'appetibilità dell'investimento è suggellata dalla volontà di affidarsi da parte di privati investitori, va ricordato che è anche nell'interesse di Mc Donald's, un'azienda che fa del *franchising* un pilastro del suo business, continuare a mantenere condizioni tali per cui gli affiliati non siano costretti a chiudere i battenti e anzi a guadagnare. Quest'ultima, sia chiaro, è una valutazione squisitamente gestionale, inutile ai fini della procedura anti-trust; ma in fin dei conti sembra proprio questa l'accusa mossa a Mc Donald's, che non sia in grado di gestire adeguatamente la propria compagnia. Se così fosse, come in ogni mercato concorrenziale degno del nome, presto Mc Donald's fallirà. Uno scenario a nostro avviso improbabile; tuttavia, le affermazioni delle associazioni riportate nelle slide già richiamate e nel loro comunicato, secondo le quali Mc Donald's rischierebbe una sanzione pari al 10% del suo fatturato qualora venisse giudicata colpevole, per un importo della multa (calcolato sull'anno 2014) di 9 miliardi di euro, fanno pensare che sia proprio lo scenario auspicato, dal momento che si tratta di informazioni che nulla hanno a che fare con la difesa dei consumatori o degli affiliati, ma che hanno piuttosto il sapore di una spedizione punitiva a furor di popolo.

IBL Focus

Chi Siamo

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

Cosa Vogliamo

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.