

Antitrust

Michele Grillo*

Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano

1. - Introduzione

L'antitrust è un'istituzione tipica dei moderni sistemi di economia di mercato. In termini astratti, il mercato è un contesto sociale nel quale le decisioni rilevanti dei soggetti sono decentrate. Le imperfezioni della concorrenza ostacolano tuttavia la capacità dei sistemi decentrati di mercato di conseguire i risultati di efficienza che ne fondano la giustificazione sociale nella prospettiva dell'analisi economica. In presenza di *market failure*, gli economisti tendono a suggerire spesso risposte di *policy* che implicano la sostituzione di assetti decisionali decentrati con decisioni pubbliche accentrate. L'antitrust si propone invece come una risposta istituzionale differente, che ha la finalità di esaltare il decentramento decisionale anche quando le condizioni di concorrenza sono imperfette. L'antitrust consiste, infatti, in un sistema giuridico (il diritto della concorrenza o diritto antitrust) che distingue i comportamenti — leciti — che una società ritiene desiderabile lasciare nella disponibilità di scelta dei soggetti economici quando interagiscono nel mercato, dai comportamenti — illeciti — che si ritiene socialmente desiderabile sottrarre alla libertà di scelta individuale. La *ratio* che guida il “disegno” del diritto della concorrenza è che, restringendo in modo appropriato gli insiemi di scelta degli operatori nel mercato, l'interazione decentrata tra di essi

* <michele.grillo@unicatt.it>. Ringrazio Cristoforo Osti per avere letto e commentato una prima versione di questo lavoro.

possa essere resa compatibile con risultati efficienti anche in presenza di imperfezioni della concorrenza.

Per chiarire meglio in cosa consista la restrizione degli insiemi di scelta operata dal diritto della concorrenza, è opportuno considerare innanzi tutto che, in qualsiasi contesto sociale, le norme giuridiche intervengono sempre a restringere convenzionalmente i comportamenti dei soggetti, per coordinarli verso esiti socialmente desiderabili. Parlare di contesti sociali caratterizzati da decentramento decisionale non significa pertanto ipotizzare in alcun modo che la libertà di scegliere dei soggetti possa essere esercitata con riferimento a qualsiasi comportamento essi siano in grado di porre in essere. In tal senso, anche i mercati perfettamente concorrenziali presuppongono l'esistenza di una struttura istituzionale che vincola giuridicamente l'agire dei soggetti economici. Tuttavia, con perfetta concorrenza, tale struttura istituzionale può compiutamente limitarsi alle regole che governano la proprietà e il contratto, i due istituti giuridici necessari affinché possano svilupparsi rapporti sociali basati sulle relazioni impersonali di scambio¹: con mercati perfettamente concorrenziali, infatti, l'illimitata possibilità di scambio è sufficiente a garantire che l'interazione sociale produca esiti efficienti, senza la necessità di ulteriori restrizioni della libertà di scelta dei soggetti economici.

Quando però si abbandona il modello ideale e si tiene esplicitamente conto delle imperfezioni della concorrenza, i meccanismi che assicurano i risultati di efficienza sociale in assetti decisionali decentrati possono risultare ostacolati. In concorrenza imperfetta, infatti, alcuni individui, o alcuni gruppi di individui, si trovano a godere di "potere di mercato". Poiché l'esercizio di tale potere restringe la libertà di scelta di altri soggetti, strutture giuridiche più articolate e complesse degli istituti della proprietà e del contratto diventano necessarie per regolare in modo efficiente il coordinamento sociale. È in questa prospettiva che deve essere inquadrata la giustificazione di un'istituzione antitrust. Le norme e i principi giuridici che la fondano consistono in specifi-

¹ Il passaggio dalle relazioni "personali" alle relazioni "impersonali" di scambio rappresenta la premessa fondamentale dello sviluppo capitalistico occidentale. Si veda, a tal proposito, NORTH D. (2005).

che restrizioni degli insiemi di scelta dei soggetti economici che — in aggiunta alle restrizioni comunque necessarie per sostenere lo scambio come relazione impersonale — sono volte ad impedire l'esercizio del potere di mercato, così da permettere che il decentramento decisionale si accompagni alla massimizzazione dell'efficienza e del benessere sociale anche in condizioni lontane dalla concorrenza perfetta. In altri termini, nel restringere ulteriormente gli insiemi di scelta dei soggetti sociali quando i mercati sono imperfettamente concorrenziali, l'antitrust si propone di ampliare le circostanze che permettono di valorizzare dal punto di vista sociale i sistemi basati su decisioni decentrate e quindi, in ultima analisi, di esaltare al massimo grado la libertà e l'autonomia decisionale dei singoli soggetti economici.

L'antitrust è una struttura istituzionale molto semplice, che consiste di due norme giuridiche di portata generale. Le due norme sono comuni ai testi fondativi del diritto antitrust statunitense ed europeo (rispettivamente lo *Sherman Act*, del 1890, e il Trattato di Roma del 1958, istitutivo dell'Unione Europea, agli articoli 81 e 82). La prima norma (il "divieto di intesa") vieta alle imprese di coordinarsi quando prendono decisioni strategiche nel mercato. La seconda norma vieta alle imprese che godono di potere di mercato di perseguire strategie che comportino un "abuso della posizione dominante" (secondo la norma europea) o che mirino alla "monopolizzazione" del mercato (secondo la norma statunitense). Entrambe le norme hanno un contenuto generale, nel senso che non specificano quali comportamenti concreti implicino un coordinamento collusivo delle decisioni strategiche, o quali comportamenti implicino abuso di posizione dominante o monopolizzazione del mercato. Sono le decisioni delle Autorità antitrust e dei giudici che danno contenuto specifico alle due norme, determinando nel concreto i comportamenti che devono essere ritenuti illeciti dal punto di vista concorrenziale. Questa caratteristica avvicina il diritto antitrust, anche nei paesi dell'Europa continentale, a un sistema di *common law*.

Il diritto antitrust regola anche una terza fattispecie, le operazioni di concentrazione. Negli Stati Uniti d'America, il *Clayton Act* vieta le concentrazioni tra imprese quando il loro effetto è

quello “di ridurre la concorrenza in modo sostanziale o di creare un monopolio”. In Europa, il Regolamento n° 139/2004 (che ha modificato il precedente Regolamento n° 4064/1989) dichiara incompatibili con il Mercato Comune “le concentrazioni che ostacolano in maniera significativa la concorrenza, in quanto creano o rafforzano una posizione dominante sul mercato”. La valutazione antitrust delle concentrazioni ha una valenza ben diversa da quella relativa alle intese o agli abusi del potere di mercato. In queste due ultime fattispecie, infatti, ciò che è in gioco è la liceità o la illiceità di determinati comportamenti — una qualità che deve essere nota *ex-ante* alle imprese e dalla quale discende per esse un obbligo giuridico di astenersi da quei comportamenti. Diversamente, nel caso delle concentrazioni, il solo obbligo per le imprese è quello di notificare alla autorità antitrust la propria decisione di concentrarsi e di attenderne l'autorizzazione, adeguando in tal modo il proprio comportamento a una decisione pubblica.

La differenza tra valutazione antitrust delle intese e degli abusi e valutazione delle concentrazioni introduce al confronto tra il disegno istituzionale antitrust e il differente disegno di un'altra istituzione anch'essa tipica dei moderni sistemi di economia di mercato, cioè la regolazione industriale. Se si guarda alle sue finalità, anche la regolazione, come l'antitrust, mira a prevenire i risultati inefficienti che possono prodursi in mercati non concorrenziali. Il modello normativo che informa l'intervento di un'agenzia di regolazione è però fondamentalmente diverso da quello che ispira il diritto antitrust. Attraverso un intervento di regolazione si opera, infatti, una sostituzione di decisioni decentrate con una decisione accentrata. La decisione pubblica mira a rimediare a un problema di inefficienza di mercato dando attuazione diretta, in ciascuna circostanza e sulla base di un calcolo dei costi e dei benefici specifici, a una soluzione efficiente (sia pure solitamente in senso *second-best*) di quel problema. La regolazione si configura allora come un intervento di politica economica in senso proprio: la decisione collettiva è presa all'interno dell'articolata struttura di delega nella quale sono organizzate le istituzioni politiche della società e il regolatore ha il potere di sostituire la

propria decisione (pubblica) alle decisioni (private) delle imprese regolate. Non è invece scopo dell'antitrust quello di calcolare, attuandola attraverso una decisione collettiva, una scelta efficiente in singole circostanze specifiche. Il diritto antitrust si limita a definire l'insieme di scelta delle imprese, cioè l'ambito della loro autonomia decisionale, lasciandole quindi libere di determinare le proprie strategie. In questo senso, un'autorità antitrust non compie scelte di politica economica, ma si limita a giudicare se un determinato comportamento sia lecito o illecito, cioè se appartenga, o non appartenga, all'insieme di scelta definito convenzionalmente dalle norme.

Quando il confine tra diritto antitrust e regolazione è così tracciato, la fattispecie delle concentrazioni nel diritto antitrust assume toni ambigui. Poiché il diritto antitrust non identifica le concentrazioni che riducono la concorrenza come illeciti anti-concorrenziali, ma obbliga soltanto le imprese a notificare la propria decisione all'Autorità antitrust e ad attenderne una autorizzazione, la decisione rilevante non è la decisione decentrata delle imprese, ma la decisione pubblica di autorizzare o di proibire la concentrazione. Forzando la polarità tra regolazione e concorrenza, si potrebbe sostenere che il *Clayton Act*, negli Stati Uniti, e il Regolamento sulle concentrazioni n° 4064/89, in Europa — entrambi introdotti parecchi anni dopo, rispettivamente, lo *Sherman Act* e il Trattato di Roma — abbiano sottratto al diritto della concorrenza le decisioni di impresa sulle fusioni e sulle acquisizioni; e che, così facendo, abbiano finito con l'attribuire alle autorità antitrust una funzione mista, inglobandovi competenze tipiche di un regolatore.

Nell'ultimo decennio, l'antitrust ha attirato, anche in Italia, un vasto interesse teorico e applicato. La manualistica e la saggistica sul tema sono molto vaste, anche in lingua italiana, sia nella prospettiva economica, sia nella prospettiva giuridica, sia in una prospettiva interdisciplinare². In questo lavoro, pur offrendo una

² Per la manualistica in lingua inglese si rinvia a HOVENKAMP H. (1994); MOTTA M. (2004); WHISH R. (2001). Per la manualistica in lingua italiana si vedano AMENDOLA V. - PARCU P.L. (2003); BENTIVOGLI C. - TRENTO S. (1995); MANGINI V. - OLIVIERI G. (2000); MOTTA M. - POLO M. (2005); FATTORI P. - TODINO M. (2004); PRO-

rassegna generale della materia, privilegerò alcuni temi di analisi che, a mio giudizio, meritano un approfondimento e una riflessione specifica. In primo luogo, nella sezione 2, discuterò il modello antitrust in una prospettiva di teoria istituzionale, per porne in rilievo l'intreccio tra fondamento morale, analisi economica e regole giuridiche. Più in particolare, mi soffermerò sulle radici storiche di questo modello seguendo un approccio che mi permetterà di evidenziare le tensioni alle quali è stato sottoposto dai recenti sviluppi della teoria economica di organizzazione industriale. Illustrerò quindi, in questo quadro, le modalità con le quali, nell'evoluzione del diritto antitrust, è stato dato contenuto via via più specifico alle due norme generali (il divieto di intesa e il divieto di abuso di potere di mercato) e ai criteri di valutazione delle operazioni di concentrazione. Alle due fattispecie di intesa e di abuso sono dedicate, rispettivamente, la sezione 3 e la sezione 4, mentre la sezione 5 tratta delle concentrazioni. Nella sezione 6 mi soffermerò su alcune caratteristiche specifiche dell'insufficiente operare dei meccanismi concorrenziali nel sistema economico italiano e ripercorrerò, con particolare attenzione a questo aspetto, l'esperienza di applicazione della legge antitrust italiana nell'ultimo decennio. Infine, nella sezione 7, svilupperò alcune considerazioni sulle sfide che oggi l'antitrust incontra, in quanto istituzione fondamentale di governo di una economia di mercato.

2. - L'istituzione antitrust: una prospettiva teorica

Storicamente, l'antitrust nasce alla fine del secolo XIX nell'America del Nord — nel 1889 in Canada e l'anno successivo, con lo *Sherman Act*, negli Stati Uniti — con l'obiettivo politico di con-

SPERETTI L. - SIRAGUSA M. - BERETTA M. - MERINI M. (2006). Per saggi di carattere generale rilevanti nella prospettiva di questo lavoro, si richiamano, in inglese, AMATO G. (1997); GERBER D.J. (1998); POSNER R.A. (2001); in italiano, DENOZZA F. (1988); LIPARI N. - MUSU I. (2000); OSTI C. (1995). Inoltre alcune riviste in lingua italiana, come: *Mercato Concorrenza Regole; Economia e Politica Industriale; Analisi Giuridica dell'Economia*, riservano ampia attenzione alle questioni antitrust. Si rinvia infine, per una letteratura in lingua italiana di approfondimento di aspetti specifici, a COSTA S. (2004); CREATINI R. (2002); DI VIA L. (2004); SABBATINI P. (2000).

trastare i monopoli (qualsiasi cosa tale formula potesse significare in quel momento storico). Rapidamente esso si è affermato come un elemento essenziale del sistema istituzionale di contrapposizione dei poteri, tipico delle democrazie nordamericane. Dopo la seconda guerra mondiale, il disegno di una istituzione antitrust è stato uno dei perni del progetto di integrazione europea, con la prevalente finalità politica, almeno nelle fasi iniziali, di affrettare l'integrazione dei mercati nazionali dei Paesi membri in un "mercato comune". Si deve a questa finalità un elemento peculiare dell'architettura istituzionale europea. Nell'Unione europea, infatti, i principi antitrust sono esplicitamente contenuti nel Trattato ed assumono una valenza costituzionale, per cui l'antitrust non regola soltanto i comportamenti degli operatori privati, ma anche le scelte dei legislatori e dei governi degli Stati membri. Progressivamente nel tempo, i singoli Stati membri hanno accolto i principi antitrust anche nelle proprie legislazioni e, a partire dagli anni Novanta, si è determinata nello spazio dell'Unione Europea una generale convergenza e armonizzazione verso un modello unico costruito a partire dai principi del Trattato e dalla giurisprudenza della Corte europea di Giustizia. Una nuova, e in parte diversa, finalità politica è stata assunta dall'antitrust dopo il crollo dei sistemi di economia socialista che ha determinato, in modo repentino e tumultuoso, una unificazione degli scambi a livello mondiale. L'Organizzazione Mondiale del Commercio, nel coordinare questo processo, ha fatto dell'accoglimento e della diffusione dei principi di diritto della concorrenza una delle colonne portanti delle nuove regole del commercio mondiale.

Per quanto differenti possano essere state le finalità politiche che, nei diversi momenti della storia e nei diversi Paesi, ne hanno determinato l'accoglimento e il successo, l'antitrust si presenta oggi come una istituzione fondamentale di tutti i sistemi di economia di mercato. Le sue giustificazioni trascendono ampiamente le ragioni storiche della sua affermazione e vanno ricercate in una costruzione ideale che, lungo le linee esposte nella sezione introduttiva, si sforza di legare in modo coerente principi di filosofia politica e morale, assetti di organizzazione economica e regole di diritto positivo.

Chi volesse ricercare le origini intellettuali di tale costruzione ideale dovrebbe risalire all'intreccio tra l'utilitarismo liberale inglese della prima metà del secolo XIX e l'analisi economica dei mercati perfettamente concorrenziali sviluppata dalla scuola neoclassica a partire dallo stesso periodo³. Lì si trovano le premesse del modello "strutturalista" che si è imposto universalmente, intorno alla metà del XX secolo, combinando in una prospettiva unitaria le diverse dimensioni (morale, politica, economica e giuridica) di un approccio normativo il cui obiettivo ultimo è quello di valorizzare il "mercato", cioè un sistema sociale di relazioni impersonali di scambio basato sul decentramento decisionale, anche in contesti imperfettamente concorrenziali. Dal punto di vista morale e politico, un sistema di decisioni decentrate si giustifica alla luce di un principio di libertà individuale. Dal punto di vista economico, un sistema di scambi decentrati si giustifica se garantisce efficienza e massimizzazione del benessere collettivo. In questa prospettiva, è motivo di meraviglia che la giustificazione che l'utilitarismo liberale inglese ha offerto, con John Stuart Mill (1859), al principio di libertà individuale si regga sullo stesso argomento che, nella costruzione teorica della scuola economica neoclassica, sorregge la giustificazione di un sistema di scambi decentrati. Questo argomento è quello dell'assenza di "effetti esterni" associati all'agire individuale. Da un lato, infatti, la scuola economica neoclassica identifica le condizioni della concorrenza "perfetta", da cui fa discendere la proprietà di efficienza degli equilibri di mercato, nella cosiddetta "ipotesi di comportamento *price-taking*": non avendo potere di influire sui prezzi, ogni soggetto economico, consumatore o produttore, quando sceglie liberamente all'interno del proprio insieme decisionale, è in grado di incidere soltanto sul proprio benessere, ma non ha il potere di incidere sul benessere di alcun altro soggetto sociale. In tali condizioni, è immediato concludere che il decentramento decisionale assicura il massimo benessere sociale. Dall'altro lato, l'ipotesi di "comportamento *price-taking*" fa del mercato perfettamente concorrenziale un contesto "Milliano", cioè un contesto sociale nel

³ Ho approfondito questi aspetti in GRILLO M. (2006b).

quale trova piena applicazione la tesi di Mill, secondo cui non è possibile giustificare eticamente alcuna restrizione della libertà individuale, finché questa è esercitata con riferimento ad azioni che non hanno effetti sul benessere di qualsiasi altro soggetto sociale.

In contesti perfettamente concorrenziali, la proprietà economica di efficienza si giustifica pertanto con lo stesso argomento analitico con il quale si giustifica, dal punto di vista morale e politico, il principio di libertà individuale. Al di fuori del *benchmark* ideale, libertà ed efficienza possono entrare in contrasto, per il permanere in quelle circostanze di effetti esterni non eliminabili. Tuttavia, la teoria neoclassica, almeno nella versione che ci deriva dal fondamentale contributo di Cournot, ha gettato le basi per lo “strutturalismo” economico dimostrando che le condizioni ideali della concorrenza perfetta possono essere approssimate con regolarità, all’aumentare indefinito del numero degli operatori e al contemporaneo ridursi indefinito della dimensione di ciascuno di essi rispetto alla dimensione complessiva del mercato. Lo strutturalismo ha quindi ricongiunto principio di libertà e criterio di efficienza in un’unica tensione normativa, finalizzata a realizzare nei mercati condizioni che approssimano quanto più possibile le condizioni ideali della concorrenza perfetta. Questa finalità è all’origine del disegno istituzionale dell’antitrust. In una prospettiva morale, il disegno trova la sua giustificazione in quanto volto a creare condizioni che esaltino al massimo grado l’autonomia e la libertà dell’individuo. In una prospettiva giuridica, lo stesso disegno ha consentito di dare valenza pratica alla nozione astratta di concorrenza perfetta come “comportamento *price-taking*”, trasformandola in una nozione giuridica⁴: più specificamente, individuando una illiceità in tutti quei comportamenti dei soggetti che riducono artificialmente lo “spessore” dei mercati, cioè le opportunità di scambi indipendenti, e che, per tale ragione, accrescono il potere dei singoli soggetti di influire sui prezzi.

Il modello strutturalista ha profondamente informato l’evoluzione del diritto della concorrenza e, nei paragrafi seguenti, cer-

⁴ Si veda TURNER D. (1962).

cherò di evidenziare diffusamente questo punto attraverso un'analisi delle singole fattispecie antitrust. Ma questo stesso fatto è anche la fonte delle tensioni odierne. Gli sviluppi della teoria economica dell'organizzazione industriale, dapprima con la scuola di Chicago e quindi con quella che viene convenzionalmente chiamata la sintesi "post-Chicago", hanno infatti indebolito notevolmente la giustificazione in chiave di efficienza dell'approccio strutturalista.

La critica della scuola di Chicago si appuntò essenzialmente su due aspetti. In primo luogo, sulla incapacità del paradigma tipico dello strutturalismo (il cosiddetto paradigma struttura — comportamento — *performance*, che fa discendere dalla struttura, dispersa, dell'industria il comportamento, *price-taker*, delle imprese e, da questo, i risultati, efficienti, del mercato) di offrire una interpretazione adeguata dei meccanismi concorrenziali nelle industrie nelle quali la tecnologia implica rendimenti di scala crescenti. In secondo luogo, sulla circostanza che le relazioni "verticali" tra le imprese, cioè le relazioni tra imprese che operano in differenti fasi della filiera produttiva, devono essere innanzi tutto interpretate secondo i parametri della teoria dell'organizzazione, non secondo quelli della teoria del mercato concorrenziale. Ciò che occorre chiedersi è infatti se è più efficiente che tali relazioni siano organizzate nella forma dello scambio impersonale che ha luogo nel mercato o nella forma dello scambio "personale", nel quale contano l'identità dei soggetti e le relazioni contrattuali di lungo periodo. Negli ultimi due decenni la letteratura di Organizzazione Industriale ha inoltre considerato esplicitamente il ruolo che giocano le asimmetrie informative nell'influenzare le modalità con le quali i soggetti economici organizzano sia le relazioni verticali, sia le relazioni di mercato. In questo quadro la sintesi post-Chicago, pur recuperando alcune tesi rispetto alla critica di Chicago, ha imposto una significativa revisione della semplicità del paradigma strutturalista e della sua capacità di dar conto dell'efficiente organizzazione dei mercati.

Esporrò con maggior dettaglio entrambi questi sviluppi analizzando le singole fattispecie antitrust nei paragrafi che seguono. Il punto cruciale è che essi hanno rappresentato una sfida per il

ruolo che compete alla disciplina economica nella costruzione del diritto antitrust. La letteratura economica propone oggi esplicitamente che il principio di efficienza venga assunto come “la” finalità istituzionale dell’antitrust⁵. Così facendo essa introduce, nelle finalità o, ancora più profondamente, nelle giustificazioni del complessivo disegno istituzionale antitrust, una divaricazione oggettiva tra il principio morale e politico di libertà individuale e il criterio economico di efficienza (o di massimizzazione del benessere). Coloro che — prevalentemente, benché non sempre e non necessariamente, nel solco della tradizione giuridica — continuano ad assumere come riferimento il primo principio imputano all’approccio economico odierno di dimenticare che, prima di ogni buona ragione di efficienza economica, la giustificazione di un mercato decentrato coinvolge un problema radicalmente politico di libertà; mentre, per altro verso, coloro che privilegiano il criterio di efficienza sembrano sostenere, almeno implicitamente, che alla fine si risolve in una malintesa libertà quella che pretende di essere giustificata indipendentemente dalle sue implicazioni per il benessere degli individui e della società nel suo complesso.

3. - Il divieto di intesa

Il diritto antitrust considera illecite le intese, cioè tutte le forme di coordinamento tra le imprese che “restringono il commercio” (*Sherman Act*, prima sezione) o hanno “come oggetto o come effetto di prevenire, restringere o distorcere la concorrenza” (Trattato di Roma, articolo 81). Nonostante il dettato letterale sia in parte differente, le due norme vengono interpretate secondo criteri analoghi al di qua e al di là dell’Atlantico per cui, di seguito, farò riferimento indifferentemente all’una o all’altra giurisdizione. La nozione di “intesa” include sia le intese orizzontali, sia le intese verticali. Le prime sono forme di coordinamento tra imprese che offrono beni o servizi su uno stesso mercato. Le seconde sono invece forme di coordinamento tra imprese posizionate in

⁵ Si veda la lunga discussione svolta in MOTTA M. (2004).

fasi diverse della filiera verticale di un determinato processo produttivo. Le motivazioni e i meccanismi economici che sottostanno alle due fattispecie di intesa sono però profondamente differenti; e ciò rende necessaria una trattazione distinta. Per tale motivo, la sottosezione 3.1 è dedicata alla prima fattispecie; la sottosezione 3.2 alla seconda.

3.1 *L'intesa orizzontale*

3.1.1. La nozione di collusione in economia e in diritto

Le intese orizzontali restringono la concorrenza quando sono collusive, cioè quando il loro scopo è di consentire alle imprese di agire collettivamente come un unico monopolista, massimizzando i profitti totali dell'industria. Il monopolio dà luogo a un'offerta complessiva sul mercato inferiore, e a prezzi più elevati, di quella che si determinerebbe in un equilibrio oligopolistico nel quale le imprese interagiscono sul mercato stabilendo individualmente le proprie strategie. In quanto mira a riprodurre l'esito di monopolio, l'intesa collusiva rappresenta una grave distorsione della concorrenza. L'analisi antitrust delle intese orizzontali è però significativamente condizionata dalla differenza tra la nozione giuridica e quella economica di "collusione" e dalla difficoltà di ricondurre a coerenza queste due nozioni. Nella terminologia giuridica, la collusione è definita come la circostanza nella quale le imprese stabiliscono le proprie strategie di comune accordo, nella presunzione che tale accordo sia finalizzato a riprodurre la soluzione di monopolio. Il riferimento è sia agli accordi formali ed espliciti, sia al coordinamento informale (questa seconda fattispecie è esplicitamente prevista nel diritto antitrust europeo con il nome di "pratica concertata"), ma in ogni caso l'enfasi è sulla condotta che ha come contenuto il coordinamento delle strategie di impresa. Quando invece gli economisti parlano di collusione, l'enfasi è sull'esito di mercato, cioè sulla circostanza che, nell'equilibrio oligopolistico, le strategie perseguite da ciascuna impresa sono tali da replicare la soluzione di monopolio.

La teoria economica dell'oligopolio studia le condizioni necessarie affinché le imprese attuino nel mercato un comportamento che dà luogo a un esito collusivo (cioè affinché ciascuna di esse abbia un incentivo razionale adeguarsi a tale comportamento, quando congettura che anche i suoi concorrenti lo fanno) e prova che tale incentivo è soddisfatto se sono verificate, congiuntamente, due condizioni: (i) ciascuna impresa percepisce la propria interazione nel mercato con le altre imprese come indefinitamente ripetuta nel tempo; (ii) per ciascuna impresa, vale la seguente condizione ad aderire dinamicamente al comportamento collusivo⁶:

$$(1) \quad \frac{\Pi_i^M}{1-\delta} \geq \Pi_i^D + \frac{\delta}{1-\delta} \Pi_i^C$$

dove:

Π_i^M indica i profitti di collusione (“monopolio”) che la generica impresa i può ottenere in ogni periodo della ripetizione indefinita dell’interazione oligopolistica, quando tutte le altre imprese colludono; Π_i^D indica i profitti che l’impresa i può ottenere nel periodo in cui “devia” dal comportamento collusivo mentre tutte le altre imprese vi aderiscono; Π_i^C indica i profitti che l’impresa i può ottenere in ogni periodo della fase di “concorrenza”, cioè quando, avendo osservato la deviazione, i concorrenti abbandonano la strategia collusiva e seguono la strategia di equili-

⁶ Il problema nasce dal fatto che, nell’interazione oligopolistica uniperiodale, la risposta ottima di un’impresa alle strategie dei concorrenti compatibili con un esito collusivo è di non adeguarsi al comportamento collusivo, ma di tenere elevata la propria offerta sul mercato, approfittando del fatto che i concorrenti limitano la loro. Questo incentivo unilaterale fa sì che la massimizzazione dei profitti congiunti non rappresenti un equilibrio nell’interazione oligopolistica uniperiodale, i cui esiti sono pertanto sempre inefficienti nel senso di Pareto (dal punto di vista della “sottosocietà” costituita dalle sole imprese). Un meccanismo di *enforcement* legale, cioè la possibilità di far valere davanti a un giudice un “accordo di cartello” tra tutti i concorrenti, potrebbe rimuovere l’incentivo unilaterale descritto. Ma ciò naturalmente presuppone che il sistema giuridico consideri meritevole di protezione legale tale accordo. Il diritto antitrust, nel considerare illeciti e nulli gli accordi di cartello, esclude alla radice questa possibilità. Un comportamento in grado di dar luogo a un esito collusivo deve pertanto essere *self-enforced*, deve cioè emergere esclusivamente come combinazione delle scelte razionali di tutte le imprese nell’interazione strategica di mercato.

brio del gioco uniperiodale (si osservi che anche l'impresa i , se ha ragione di congetturare che i concorrenti seguono la strategia di equilibrio del gioco uniperiodale, non può fare di meglio che adeguarvisi); δ è il fattore di sconto uniperiodale, $\delta = 1/(1+r)$, dove r è il tasso di sconto uniperiodale e l'unità di tempo è pari al periodo durante il quale un'impresa può deviare dalla collusione prima che i concorrenti, avendo osservato la deviazione, entrino nella fase di "concorrenza".

La condizione (1), detta "vincolo di compatibilità degli incentivi", richiede che, affinché ciascuna impresa trovi conveniente aderire al comportamento collusivo e non deviare da esso nella ripetizione indefinita del gioco, il flusso scontato dei profitti di collusione deve essere maggiore della somma dei profitti (uniperiodali) di deviazione e del flusso scontato dei profitti che l'impresa può ottenere in tutti i periodi successivi alla fase di deviazione. La possibilità che nel gioco indefinitamente ripetuto si realizzi un equilibrio collusivo dipende perciò dalla soluzione di un problema di scelta intertemporale: in altri termini, l'altezza del fattore di sconto di ciascuna impresa determina se, rispetto al flusso dei profitti di collusione, i maggiori profitti, immediati ma temporanei, della deviazione sopravanzano o sono inferiori al flusso dei minori profitti che l'impresa deve attendersi quando la collusione viene meno. Il vincolo di compatibilità degli incentivi può essere allora utilmente riformulato come una condizione sul fattore di sconto δ o, alternativamente, sul saggio di sconto r :

$$(1') \quad \delta \geq \frac{\Pi_i^D - \Pi_i^M}{\Pi_i^D - \Pi_i^C}$$

$$(1'') \quad r \leq \frac{\Pi_i^M - \Pi_i^C}{\Pi_i^D - \Pi_i^M}$$

dove la parte destra delle condizioni (1') e (1'') identifica, rispettivamente, per ciascuna impresa, i valori del "fattore di sconto critico" e del "tasso di sconto critico".

L'analisi economica della collusione mette in evidenza che il vincolo di compatibilità degli incentivi deve essere sempre soddi-

sfatto indipendentemente dalla circostanza che il coordinamento tra le imprese avvenga attraverso la determinazione di un comune accordo, cioè attraverso la collusione nell'accezione giuridica. In questo senso, la collusione in senso giuridico non è una condizione necessaria per la collusione in senso economico, cioè perché nel mercato si determini un equilibrio che dia luogo alla massimizzazione dei profitti congiunti: ciò che conta è che ciascuna impresa abbia ragione di congetturare che tutti i concorrenti adeguino il proprio comportamento alla strategia collusiva, nella consapevolezza che, posto che la condizione (1) è soddisfatta, tale comportamento è individualmente razionale per ciascuna di esse⁷.

La possibilità di una collusione "tacita", cioè la possibilità che un esito collusivo si realizzi nel mercato anche in assenza di un accordo tra le imprese, pone una tensione tra la nozione giuridica e la nozione economica di collusione. Solitamente si conviene che questa tensione possa essere superata in base alla considerazione che, quando le condizioni per la razionalità del comportamento collusivo sono soddisfatte, esiste sempre un insieme molto ampio, potenzialmente infinito, di equilibri collusivi possibili, per cui le imprese hanno la possibilità di colludere in senso economico con una infinità di modalità differenti. Di conseguenza, il problema che le imprese affrontano, quando stabiliscono di comune accordo le proprie strategie, non sarebbe tanto quello di aderire a un generico comportamento collusivo, ma quello di coordinarsi nella selezione di uno specifico esito collusivo tra tutte le alternative possibili; e, d'altra parte, su questa questione l'analisi economica non è in grado di dare un contributo perché, mentre mette bene in evidenza la possibilità di molteplici equilibri, è di scarso aiuto nel predire quale di questi equilibri emergerà di fatto in ciascuno specifico contesto. In questo senso, la collusione in senso giuridico si rivelerebbe, pertanto, condizione comunque necessaria affinché le imprese possano colludere in senso economico.

⁷ Si consideri, inoltre, che la collusione in senso giuridico (cioè il coordinamento nella scelta delle strategie di mercato) non è neppure condizione sufficiente per la collusione in senso economico. Uno svolgimento di questo punto richiede tuttavia un'analisi teorica del comportamento strategico le cui implicazioni possono essere ignorate in questo lavoro. Ho affrontato la questione in GRILLO M. (2002).

Nel quadro così delineato, lo studio del vincolo di compatibilità degli incentivi consente di identificare le circostanze nelle quali, osservando un accordo tra le imprese, è plausibile ritenere che lo stesso abbia una valenza anticoncorrenziale. Tra queste circostanze assumono particolare rilevanza, nell'analisi antitrust, i seguenti elementi⁸:

(i) il numero delle imprese: guardando alla condizione (*I''*) si osserva che quanto più piccolo è il numero delle imprese, tanto più elevato è il valore di Π_i^M (perché i profitti di monopolio possono essere divisi tra poche imprese) e tanto più basso è il valore di Π_i^D , cioè dei profitti che l'impresa che devia può ottenere sottraendo mercato ai concorrenti. Entrambi questi effetti determinano un aumento del valore del "tasso di sconto critico". Pertanto, per ogni dato valore del tasso di sconto, al ridursi del numero delle imprese, aumenta la plausibilità che la collusione in senso economico possa essere un equilibrio del gioco;

(ii) la durata del periodo di deviazione è breve: per ogni dato valore del tasso istantaneo di sconto, più breve è il periodo di tempo durante il quale un'impresa può perseguire una strategia di deviazione prima che i concorrenti la osservino e decidano di abbandonare il comportamento collusivo, più basso è il valore del tasso di sconto uniperiodale e quindi più probabile che quest'ultimo, a parità di ogni altra condizione, sia inferiore al tasso di sconto critico;

(iii) la simmetria tra le imprese: il tasso di sconto critico è diverso per ciascuna delle imprese quando queste hanno dimensioni differenti (più specificamente, assume valore più piccolo per le imprese più grandi e valore più grande per le imprese più piccole). Per ogni dato valore del tasso di sconto, ciò riduce la probabilità che la condizione (*I''*) sia soddisfatta per tutte le imprese;

(iv) la presenza di vincoli di capacità: limiti nella capacità produttiva vincolano le imprese sia nel perseguimento di strategie di

⁸ Ulteriori circostanze che favoriscono la collusione sono la presenza di barriere all'entrata, le partecipazioni incrociate tra i concorrenti, la regolarità e la frequenza degli ordinativi, la stabilità della domanda attesa di mercato, il ridotto potere degli acquirenti, la presenza di contatti su più mercati tra gli stessi concorrenti. Per un'analisi dettagliata, si veda MOTTA M. (2004).

deviazione sia, quando sono particolarmente stringenti, nelle fasi di concorrenza successive alla deviazione; la quantità offerta da un'impresa che devia è tuttavia è maggiore della quantità che ciascuna impresa produce nell'equilibrio di concorrenza e tale differenza tende ad essere maggiore quando il numero delle imprese è elevato. Di conseguenza, i vincoli di capacità riducono l'incentivo a deviare da un comportamento collusivo e ciò rende la collusione più plausibile.

3.1.2. I meccanismi collusivi

La cooperazione a fini collusivi tra oligopolisti può essere retta da una varietà di meccanismi sociali, alcuni dei quali possono essere elementari, mentre altri sono spesso articolati e complessi. Tali meccanismi sono tradizionalmente classificati secondo quattro tipologie, che rappresentano altrettante fattispecie giuridiche di intesa e che sono specificamente: (i) la collusione tacita; (ii) gli accordi collusivi in senso proprio (cartelli); (iii) le pratiche concertate; (iv) le pratiche facilitanti. In questo paragrafo mi propongo di descriverle brevemente, cercando di mettere in luce, dove possibile, il raccordo con l'analisi economica della collusione.

(i) *La collusione tacita*

Si ha collusione tacita quando le imprese hanno consapevolezza condivisa che le condizioni necessarie per il comportamento collusivo sono soddisfatte e riescono a individuare i termini del coordinamento senza una esplicita comunicazione. La giurisprudenza antitrust europea usa la nozione di "adattamento intelligente" per caratterizzare la collusione tacita ed esclude che essa possa configurare un illecito antitrust, in quanto i comportamenti sono interamente riconducibili a ciascuna impresa individualmente⁹. L'illecito antitrust ricorre invece nelle altre tre tipologie:

⁹ Si veda la decisione della Corte europea di giustizia, *Suiker Unie & Others v. EC Commission* (Cases 40-48/73, 1975).

di queste, mentre gli accordi e le pratiche concertate sono espressamente definite dalla norma (articolo 81 del Trattato di Roma), la nozione di “pratica facilitante” è stata invece sviluppata in giurisprudenza.

(ii) *Gli accordi*

Quando sono in vigore norme di diritto antitrust, l'accordo esplicito tra le imprese non può avere valenza di *enforcement* del comportamento collusivo. Lo scopo dell'accordo può essere quindi solo quello di coordinare le imprese nella selezione di un particolare esito e nella definizione dei termini di uno specifico comportamento collusivo. Se questi consistono nella fissazione dei prezzi o delle quantità da produrre, oppure nella determinazione di quote di mercato, si parla di cartelli *hard-core*. I cartelli *hard-core* sono considerati, nel diritto antitrust, illeciti *per se*: ciò significa che la loro valenza anticoncorrenziale deve essere presunta e non è necessario provarne in giudizio gli specifici esiti¹⁰.

Un accordo può avere come contenuto anche altre strategie di impresa, diverse dalla determinazione dei prezzi o delle quantità. In genere in questi casi, in contrapposizione alla regola *per se*, viene applicata la cosiddetta *rule of reason* (o regola della ragionevolezza). Valutare un comportamento in base alla *rule of reason* significa considerarlo un illecito anticoncorrenziale solo se si può provare che i suoi effetti hanno impedito o ristretto la concorrenza in modo irragionevole. L'applicazione della *rule of reason* rende pertanto necessaria una esplicita valutazione delle conseguenze del comportamento¹¹.

¹⁰ In altri termini, l'impresa cui viene imputato un comportamento illecito *per se* può solo provare che essa, nei fatti, non ha posto in essere quel comportamento.

¹¹ La “ragionevolezza” è un tipico criterio di giudizio del sistema di *common law*. Esso impone al giudice un bilanciamento di tutte le possibili conseguenze del comportamento in oggetto, alla luce delle diverse prospettive suscettibili di tutela giuridica. Fino agli anni '70 del secolo scorso, nel diritto antitrust statunitense, il principio della *rule of reason* è stato interpretato nel senso che esso rendeva necessario il bilanciamento delle conseguenze economiche di un determinato comportamento (cioè delle conseguenze in termini di concorrenza del mercato e di efficienza) con altre conseguenze sociali, considerate di carattere non economico, come la difesa in chiave politica e sociale delle piccole imprese. Negli ultimi de-

Poiché l'accordo esplicito non è, in principio, necessario perché le imprese riescano a coordinarsi sui termini specifici di un comportamento collusivo, diventa importante comprendere quali sono le circostanze nelle quali le imprese hanno prevalentemente bisogno di accordarsi per colludere e quali invece le circostanze nelle quali il coordinamento può realizzarsi tacitamente. In generale, si può ritenere che la possibilità della collusione tacita sia fortemente potenziata quando le imprese operano in un contesto di cultura condivisa, nel quale determinati comportamenti collusivi costituiscono facili "*focal point*"¹². È ragionevole allora ipotizzare che l'accordo esplicito si rende necessario quando tali *focal point* sono assenti. A tal riguardo, è di particolare interesse l'esperienza dell'antitrust statunitense che, nel corso degli anni Novanta, ha scoperto e condannato severamente alcuni cartelli *hard-core*. La circostanza notevole è che questi cartelli sono stati realizzati in ampia misura nei mercati internazionali, in una fase storica nella quale, con la "globalizzazione" e il venir meno del precedente ordine mondiale, tali mercati erano stati sottoposti a grandi e discontinui cambiamenti. In tale contesto, il bisogno di ridefinire rapidamente regole del comportamento oligopolistico adeguate al nuovo ordine ha rappresentato probabilmente la principale ragione perché le imprese hanno dovuto ricorrere a forme di coordinamento esplicito¹³.

cenni la *rule of reason* è stata invocata in antitrust ai fini di una valutazione complessiva degli effetti economici di un dato comportamento, nelle circostanze nelle quali l'analisi economica lascia presumere che ciascuno di tali effetti possa assumere singolarmente segno diverso.

¹² Per la nozione di *focal point* nella teoria economica dell'organizzazione, si rinvia a KREPS D. (1990).

¹³ Il caso più noto di tali cartelli internazionali è stato probabilmente quello della "lisina", che aveva coinvolto produttori provenienti da diverse aree del mondo. Il *Department of Justice* statunitense raccolse le prove del cartello con la collaborazione del FBI, che nascose dei registratori audiovisivi durante alcune riunioni nelle quali venivano discussi i termini dell'accordo. Di particolare effetto, nell'esposizione delle prove, fu la registrazione delle seguenti parole, rivolte dal rappresentante di un'impresa statunitense al rappresentante di una impresa concorrente: «*The only thing we need to talk here because we are gonna get manipulated by these Goddamn buyers.....They are not your friend. They are not my friend... You're my friend. I wanna be closer to you than I am to any customer... And all I wanna is to tell you again let's put the prices on the board. Let's all agree that's what we're gonna do and then walk out of here and do it*» (il testo della registrazione è riportato da GRIFFIN J.M., 2001).

(iii) Le pratiche concertate

La fattispecie della pratica concertata, prevista esplicitamente nell'articolo 81 del Trattato di Roma, identifica le condizioni alle quali è possibile riconoscere un illecito antitrust in comportamenti di mercato per i quali, sebbene le variabili economiche mostrino indizi significativi di collusione, manca l'evidenza di un accordo. L'assenza di una prova dell'accordo può dipendere dal fatto che le imprese riescono a nascondere all'indagine dell'autorità antitrust gli elementi di prova oppure, in una prospettiva più sofisticata, perché il contesto di mercato facilita modalità di coordinamento sulle variabili strategiche che non necessitano di accordi espliciti. La nozione di pratica concertata è stata definita una prima volta in modo abbastanza ambiguo dalla Corte Europea di Giustizia, nel caso *Dyestuffs*, come «...a form of co-ordination between undertakings which, without having been taken to the stage where an agreement properly so called has been concluded, knowingly substitutes practical co-operation between them for the risks of competition»¹⁴. Successivamente, nel caso *Ahlström*, la Corte di Giustizia esplicitò quali riteneva dovessero essere le prove necessarie per configurare, in un certo comportamento, una pratica concertata: in quella decisione la Corte rifiutò di accogliere come prova il semplice ragionamento economico in base al quale si poteva inferire l'esistenza di un equilibrio di mercato collusivo, ma stabilì che occorre invece provare l'esistenza di «*reciprocal communications between competitors with the aim of giving each other assurances as to their conduct on the market*» insistendo per la necessità di «*a firm, precise and consistent body of evidence of prior concertation*»¹⁵.

La decisione *Ahlström* fa di un procedimento antitrust di pratica concertata un tipico procedimento indiziario. In particolare, gli indizi devono implicare “comunicazione” o “concertazione” tra le imprese, devono cioè essere indizi di collusione alla luce della nozione giuridica; l'analisi economica applicata, offrendo evidenza di un esito di mercato collusivo — per esempio, per la pre-

¹⁴ Cases 48-57/89 *ICI v. EC Commission*, 1972.

¹⁵ Cases C-89/85 *A. Ahlström Osakeyhtiö and Others v. EC Commission*, 1993 (sottolineato mio).

senza di fattori che, come una elevata concentrazione dell'industria, un piccolo numero di imprese, una sostanziale simmetria nella loro distribuzione, la presenza di eccesso di capacità, etc..., rendono il comportamento collusivo in senso economico un equilibrio plausibile — può contribuire utilmente alla valutazione complessiva della fattispecie, ma deve essere sempre corroborata dalla evidenza documentale di un esplicito coordinamento tra le imprese¹⁶.

Il confronto tra le tre fattispecie (la collusione tacita, gli accordi in senso proprio e le pratiche concertate) mette in evidenza che il diritto antitrust non persegue tutti i comportamenti delle imprese che producono esiti collusivi, ma soltanto quelli che vengono messi in atto secondo una specifica modalità, la comunicazione tra le imprese. È interessante osservare che questa modalità è tanto più necessaria alle imprese che intendono colludere (in senso economico) quanto più il contesto in cui esse interagiscono è un contesto in evoluzione e tanto meno necessaria in contesti statici nei quali esistono paradigmi “culturali” consolidati che governano le relazioni tra le imprese in una determinata industria. In altri termini, il diritto antitrust finisce con l'essere di fatto meno attrezzato a perseguire i comportamenti collusivi quando questi sono più probabili. Una prospettiva alquanto differente è offerta dall'ultima fattispecie, le pratiche facilitanti. Essa consente infatti di valutare, in una prospettiva antitrust, almeno alcune modalità con cui determinati paradigmi culturali (che mirano contemporaneamente a rafforzare sia i vincoli di compatibilità degli incentivi sia i meccanismi di coordinamento tra le imprese) possono imporsi e consolidarsi all'interno di specifiche industrie.

(iv) Le pratiche facilitanti

Nella letteratura antitrust, si parla di “pratica facilitante”

¹⁶ Nella decisione *Ahlstrom*, la preoccupazione della Corte di Giustizia è stata, in altri termini, quella di distinguere nettamente le circostanze nelle quali il comportamento collusivo può essere spiegato come effetto di una “pratica concertata” dalle circostanze in cui esso è il semplice risultato dell'adattamento intelligente delle imprese alle reciproche strategie, cioè di una collusione tacita.

quando il coordinamento tra le imprese non riguarda direttamente le strategie commerciali, ma ha come contenuto una modifica del contesto di mercato, con l'obiettivo di introdurre o di potenziare fattori che facilitano la collusione. In altri termini, attraverso le pratiche facilitanti, le imprese modificano artificialmente l'ambiente nel quale interagiscono, per rendere meno stringente il vincolo di compatibilità degli incentivi. Nell'antitrust statunitense, una pratica facilitante è in generale trattata come un indizio dal quale inferire l'esistenza di una intesa di prezzo, illecita per se; oppure essa può essere considerata illecita in base alla *rule of reason*, se si prova che gli effetti anticoncorrenziali predominano rispetto a ogni possibile giustificazione in chiave pro-competitiva. In entrambi i casi l'accordo che ha come contenuto una pratica facilitante è visto come "ancillare" o "collaterale" di un accordo collusivo in senso proprio, la cui esistenza deve essere provata, o comunque desunta.

L'antitrust europeo ha seguito una prospettiva alquanto diversa. Si consideri, infatti, in primo luogo, che una pratica facilitante consiste per definizione in un artificio sociale, cioè in un meccanismo che deve essere disegnato artificialmente dalle imprese per conseguire un obiettivo comune. Per questa ragione, l'esistenza di una intenzione condivisa, cioè la condizione necessaria per la collusione in senso giuridico, è sempre presente in una pratica facilitante e può trovare concreta evidenza sia come accordo formale, sia come pratica concertata, cioè come una delle due fattispecie espressamente previste dalla norma europea. In secondo luogo, nella pratica facilitante, l'intenzione comune tra le imprese ha un oggetto coerente con la teoria economica della collusione: una pratica facilitante "facilita" infatti la collusione proprio perché ha l'obiettivo di modificare l'ambiente nel quale le imprese prendono le proprie decisioni strategiche in modo tale che ciascuna di esse, nel risolvere individualmente il proprio problema di scelta, trovi incentivo a scegliere una strategia compatibile con un esito collusivo, che può essere conseguito anche tacitamente. L'antitrust europeo conclude pertanto che, in tali circostanze, una pratica facilitante è un'intesa anticoncorrenziale, in quanto è in grado di produrre esiti collusivi in senso economico.

La prova che una pratica facilitante è un illecito antitrust richiede sia una evidenza documentale sia un'argomentazione economica (entrambe però diverse da quelle richieste per provare una pratica concertata). Da un lato, l'analisi economica deve mostrare che il meccanismo artificialmente disegnato dalle imprese non può avere altra plausibile giustificazione che quella di modificare il vincolo di compatibilità degli incentivi, per rendere sostenibile un equilibrio collusivo nell'interazione oligopolistica indefinitamente ripetuta. Dall'altro lato, l'evidenza documentale deve provare che le imprese si sono accordate per disegnare artificialmente il meccanismo nel quale consiste la pratica facilitante. Il punto cruciale è che l'accordo su una pratica facilitante rende in generale superfluo l'accordo sulle variabili strategiche. Di conseguenza l'accordo rilevante dal punto di vista concorrenziale, e di cui occorre offrire prova documentale, è quello che si realizza in una fase anteriore rispetto alla fase in cui le imprese determinano le rispettive variabili strategiche.

Approfondendo l'analisi economica delle pratiche facilitanti, occorre osservare che i diversi fattori che ostacolano o favoriscono la collusione interagiscono reciprocamente tra di loro nel determinare il vincolo di compatibilità degli incentivi. Ciò significa che, modificando artificialmente uno di questi fattori, si indebolisce contemporaneamente la pressione esercitata da ciascuno degli altri: in particolare, si può influire sul modo in cui il numero delle imprese condiziona la sostenibilità di un equilibrio collusivo, rendendo così possibile la collusione anche in presenza di un numero di imprese elevato¹⁷. In generale, l'analisi dei fattori che facilitano la collusione svolta nel paragrafo 3.1.1 mostra che la varietà delle pratiche facilitanti è potenzialmente molto ampia. Due categorie di pratiche facilitanti sembrano però assumere particolare rilievo: da un lato, l'introduzione di meccanismi che artificialmente impongono a tutte le imprese, o comunque rendono più stringenti, vincoli all'espansione dell'offerta (come per esempio vincoli di capacità produt-

¹⁷ Questo aspetto è stato esplicitamente messo in evidenza dall'autorità antitrust italiana nella decisione relativa al caso *RCA*. L'illustrazione del caso e una diffusa discussione del punto è contenuta nel paragrafo 6.2.1.

tiva); dall'altro, l'introduzione di meccanismi che hanno l'obiettivo di ridurre artificialmente il periodo di tempo necessario alle imprese per osservare reciprocamente le rispettive strategie ed eventualmente reagire a comportamenti di deviazione dalla collusione. Dal punto di vista dei casi antitrust, non esiste una giurisprudenza sistematica sul primo tipo di pratiche facilitanti; mentre, almeno in Europa, il secondo tipo è stato oggetto di particolare attenzione da parte delle autorità di concorrenza, quando assume la forma specifica di uno scambio di informazioni tra le imprese.

Il caso *leader* (*UK Agricultural Tractor Registration Exchange*) è un caso comunitario: otto imprese, che complessivamente controllavano l'88% del mercato inglese dei trattori, si informavano reciprocamente, con cadenza temporale ravvicinata, sull'andamento delle vendite di differenti tipi di trattori nel mercato inglese disaggregando i dati per zone geografiche molto delimitate (fino alla quinta cifra del codice postale). La Commissione ha condannato come intesa restrittiva della concorrenza l'accordo che ha avuto come contenuto tale scambio di informazioni sulla base delle seguenti valutazioni. Innanzi tutto, uno scambio di informazioni limitato, come nel caso, alle sole imprese ha, per le condizioni di concorrenza, implicazioni molto diverse da quelle di un aumento della trasparenza nel mercato: poiché non investe entrambi i lati dell'offerta e della domanda, ma interessa soltanto il lato dell'offerta, i suoi effetti non si producono sulla interazione tra produttori e consumatori nel mercato, ma sull'interazione strategica tra i soli produttori. In secondo luogo, nel caso *UK Tractors*, le imprese si scambiavano informazioni che riguardavano variabili strategiche individuali. Mentre le informazioni su variabili *aggregate* (come le quantità complessivamente vendute o i prezzi medi) possono aumentare l'efficienza del processo decisionale delle singole imprese¹⁸, la diffusione di informazioni sulle variabili strategiche individuali ha precipuamente l'obiettivo di

¹⁸ Anche lo scambio di informazioni sulle variabili *aggregate* può accrescere i benefici della collusione, perché permette di evitare le fasi di bassi profitti che si determinano lungo il sentiero di equilibrio collusivo quando le imprese hanno informazione imperfetta sulle variabili di mercato (per esempio, quando le im-

ridurre il tempo necessario ai concorrenti per osservare una strategia di deviazione da parte di un'impresa e reagire di conseguenza, riducendo così i profitti di deviazione e facilitando la collusione¹⁹. Infine, nel caso *UK Tractors*, interveniva un ulteriore elemento procollusivo, giacché la suddivisione del mercato inglese in zone geografiche di piccola dimensione consentiva di ridurre il costo delle politiche di ritorsione rendendone possibile il disegno con modalità specificamente proporzionate alle strategie di deviazione.

3.1.3. I programmi di clemenza

Una questione oggi ampiamente considerata, nella letteratura e nella pratica antitrust, con riferimento alle intese orizzontali, riguarda i cosiddetti "programmi di clemenza", introdotti all'inizio degli anni Novanta negli Stati Uniti d'America e successivamente anche in Europa. L'obiettivo dei programmi di clemenza è quello di rafforzare, nel caso delle intese orizzontali, i meccanismi di *enforcement* della legge che, nel caso del diritto antitrust, sono pressoché interamente affidati alle sanzioni. Una sanzione ha efficacia deterrente quando è fissata a un livello tale che il suo valore atteso è più elevato dei profitti che le imprese possono realizzare mettendo in atto i comportamenti anticoncorrenziali che la legge intende vietare. Il valore atteso della sanzione dipende non solo dal suo ammontare ma anche dalla probabilità p con la quale la violazione della legge viene individuata, che è in genere tanto più elevata quanto maggiore è la quantità di risorse impiegate nell'attività di accertamento. Sulla base di tali considerazioni, un'impresa non sarà dissuasa dal porre in atto un comporta-

prese non sono in grado di distinguere se una diminuzione delle proprie vendite debba essere attribuita a una caduta della domanda dell'industria o piuttosto all'effetto di una politica di deviazione da parte di qualche concorrente). Tale effetto pro-collusivo è però controbilanciato dagli altri effetti di efficienza. Per una dettagliata analisi, in chiave antitrust, degli scambi di informazione tra le imprese, si veda KÜHN K. (2001).

¹⁹ In termini formali, a parità del valore del tasso istantaneo di sconto, lo scambio di informazioni riduce il tasso di sconto uniperiodale facendo così aumentare la probabilità che quest'ultimo sia inferiore al "tasso di sconto critico".

mento anticoncorrenziale fin tanto che la sanzione S e la probabilità di accertamento p sono tali che:

$$(2) \quad p S \leq \Pi_i$$

dove Π_i sono i profitti dell'attività anticoncorrenziale per la generica impresa i^{20} . Nel caso di un'intesa orizzontale, la condizione (2) definisce, per ciascuna impresa, il "vincolo di partecipazione" a un'intesa collusiva in un sistema nel quale vigono le norme antitrust. La sanzione ha allora efficacia deterrente se il suo livello è tale da rendere non soddisfatto il vincolo di partecipazione. Nel caso delle intese orizzontali l'efficacia della sanzione risulta condizionata essenzialmente da due circostanze:

(i) la probabilità di accertamento è strutturalmente piccola. Le imprese fanno di tutto per tenere segreti i loro accordi e i soggetti sociali che sopportano i danni di un'intesa collusiva, soprattutto nel caso dei consumatori finali, non sono in grado di conoscere i comportamenti delle imprese e di individuarne la valenza collusiva. Di conseguenza, le intese orizzontali sono particolarmente difficili da scoprire. Poiché p assume valori relativamente piccoli per data quantità di risorse dedicate all'attività di accertamento, la sanzione S deve essere fissata, nel caso delle intese, a livelli molto elevati affinché il vincolo di partecipazione non sia soddisfatto. Al contempo, tuttavia

(ii) le norme antitrust fissano dei "tetti" all'ammontare massimo delle sanzioni (in genere pari al 10% del fatturato delle imprese).

La combinazione delle due circostanze (i) e (ii) indebolisce notevolmente l'*enforcement* del divieto di intese orizzontali, a meno di non incrementare molto la quantità di risorse sociali impiegate nell'attività di accertamento. Per cercare di ovviare a questa difficoltà, ci si è interrogati sulla possibilità di agire, attraverso la sanzione, non solo sul vincolo di partecipazione delle imprese, ma anche sul vincolo di compatibilità degli incentivi. A

²⁰ La teoria economica della sanzione si è sviluppata a partire dal contributo di BECKER G. (1968). Per una rassegna della letteratura, si veda POLINSKY M. - SHAVELL S. (2000).

questo scopo sono stati elaborati i programmi di clemenza, i quali offrono una immunità alle imprese che, pur avendo partecipato a un'intesa, decidano di defezionare e di collaborare con l'Autorità antitrust²¹. La giustificazione dei programmi di clemenza può essere sinteticamente esposta come segue. Per un'impresa che partecipa a un'intesa collusiva, la sanzione attesa entra allo stesso modo, con segno negativo, sia nel lato sinistro sia nel lato destro della condizione (1): ciò significa che l'incentivo a defezionare dal comportamento collusivo non è influenzato dal timore della sanzione. Ma se defezionando, e collaborando contemporaneamente con l'autorità antitrust, un'impresa può vedere la propria sanzione ridotta e, al limite, eliminata, allora un sistema sanzionatorio che prevede programmi di clemenza è in grado di incidere anche sul vincolo di incentivo, perché fa aumentare il flusso dei profitti che l'impresa può ottenere con la defezione rispetto ai profitti collusivi. Quando, con i programmi di clemenza, si riesce a rendere il vincolo di incentivo più stringente del vincolo di partecipazione, un'impresa sarà dissuasa dal partecipare all'intesa (perché sa che essa stessa riterrebbe successivamente razionale defezionare, e sa che ciò vale per lei come per tutte le altre imprese) anche in corrispondenza di un valore della sanzione attesa più basso di quello necessario per soddisfare il vincolo di partecipazione. Per la stessa ragione, quando la sanzione è vincolata a non superare un tetto massimo, la dissuasione può operare anche con una probabilità di accertamento più piccola e, quindi, con un minor dispendio di risorse sociali.

Un programma di clemenza può offrire una immunità parziale o totale. La modifica indotta nel vincolo di incentivo diventa però più grande al crescere dell'immunità offerta ed è quindi massima quando l'immunità è totale. Nel caso di immunità totale, è infatti sufficiente che la sanzione attesa sia maggiore o uguale alla differenza tra il flusso dei profitti di collusione e il flusso dei profitti che l'impresa può attendersi defezionando, perché l'in-

²¹ Per una articolata esposizione dell'analisi economica dei programmi di clemenza, si veda SPAGNOLO G. (2006).

tesa sia instabile²². In base a tale considerazione, i programmi di clemenza che prevedono un'immunità totale, almeno per l'impresa che collabora per prima con l'autorità, sono efficienti perché permettono di massimizzare la portata dissuasiva di una determinata sanzione (soggetta a un tetto) o, alternativamente, di minimizzare l'impiego di risorse nell'attività di accertamento.

Una questione rilevante, nell'attuazione dei programmi di clemenza, riguarda la possibilità di ammettervi anche un'impresa che inizi a collaborare con l'Autorità dopo l'avvio di una istruttoria. Tale questione pone qualche tensione tra la giustificazione dei programmi di clemenza nella prospettiva dell'analisi economica e quella dell'analisi giuridica. Dal punto di vista della teoria economica, i programmi di clemenza devono essere visti come meccanismi che, modificando il vincolo di incentivo e rendendolo più stringente del vincolo di partecipazione, riducono il valore minimo che la sanzione attesa deve assumere per essere dissuasiva e consentono di economizzare sulle risorse sociali impiegate nell'attività di accertamento. Dal punto di vista dell'analisi giuridica, essi vengono solitamente giustificati non in base ai requisiti necessari per una politica sanzionatoria adeguatamente dissuasiva, ma sulla base degli elementi soggettivi di gravità dell'illecito. Poiché questi si attenuano maggiormente nel caso in cui un'impresa inizi a collaborare con l'autorità prima dell'avvio di un'istruttoria, rispetto al caso in cui la sua collaborazione abbia inizio quando l'istruttoria è stata avviata, non è agevole giustificare dal punto di vista giuridico l'opportunità di ammettere allo stesso modo ai programmi di clemenza anche l'impresa che collabora dopo l'avvio di un'istruttoria. Tuttavia, l'analisi economica mostra come questa sia una scelta efficiente e appropriata. La probabilità di successo dell'accertamento aumenta infatti in modo discontinuo con l'avvio di una istruttoria, facendo aumentare in modo anch'esso disconti-

²² È agevole verificare che, in tal caso, il valore della sanzione che rende stringente il vincolo di incentivo è sempre minore del valore della sanzione necessario a rendere stringente il vincolo di partecipazione: nel secondo caso, infatti, la sanzione attesa deve essere più grande del flusso dei profitti di collusione, mentre nel primo caso è sufficiente che la sanzione attesa sia maggiore della differenza tra il flusso dei profitti di collusione e il flusso dei profitti di defezione.

nuo, *ceteris paribus*, la sanzione attesa. Ciò ha l'effetto di rendere ancora più stringente il vincolo di incentivo: a parità di sanzione massima e di risorse impiegate nell'attività di accertamento, la differenza tra il flusso dei profitti di collusione e il flusso dei profitti che l'impresa può attendersi defezionando dovrà essere ora molto più elevata, perché l'impresa scelga di non deviare dall'intesa — e si attenda che anche le altre imprese si astengano dal deviare. Specularmente, a parità di sanzione massima, l'ammontare delle risorse sociali che devono essere impiegate nell'attività di accertamento, affinché siano adeguate alla capacità dissuasiva di quella sanzione, si riduce²³. È importante osservare che l'argomento alla base del ragionamento economico non ha niente a che vedere con il punto, controverso, che così facendo si premia il comportamento opportunistico dell'impresa che collabora con l'Autorità solo dopo che un'istruttoria è stata avviata; bensì con la considerazione che, in tal modo, si rendono più instabili le intese, giacché la possibilità di essere ammesse ai programmi di clemenza, anche dopo che l'istruttoria è stata avviata, dissuade le imprese dal realizzare intese che altrimenti sarebbero state attuate e che avrebbero potuto non essere scoperte dall'Autorità. In altri termini, ciò che l'analisi economica suggerisce è che gli effetti dei programmi di clemenza devono essere valutati non *a posteriori*, quando l'intesa ha avuto luogo, ma *ex-ante*, prima che l'intesa si realizzi.

3.2 *Le intese verticali*

Le intese verticali sono forme di coordinamento tra imprese posizionate in fasi differenti di un determinato processo produttivo. L'esempio più immediato è quello di un accordo tra un produttore e uno o più distributori. Per molto tempo, le intese verti-

²³ Si veda MOTTA M. - POLO M. (2003). Il loro modello offre una spiegazione illuminante del successo ottenuto dai programmi di clemenza negli Stati Uniti dopo la riforma del 1993 la quale, a differenza del programma inizialmente varato nel 1978, ammette all'immunità le imprese che collaborano con il *Department of Justice* anche dopo l'avvio dell'istruttoria.

cali hanno rappresentato un ambito di applicazione del diritto antitrust molto vasto e rilevante. In Europa, in particolare, esse sono state viste come lo strumento con il quale potevano essere perseguite strategie volte a mantenere segmentati i diversi mercati nazionali, in contrasto con l'obiettivo politico del mercato unico. L'attenzione alle intese verticali non è stata però minore nell'antitrust statunitense. Dal punto di vista teorico, la preoccupazione antitrust verso le intese verticali era radicata nell'approccio strutturalista, in particolare nel timore che le regolazioni contrattuali tra imprese che operano in fasi differenti di una stessa filiera potessero ridurre il numero degli operatori e, più in generale, "lo spessore del mercato" negli scambi tra le diverse fasi, precludendo in tal modo ulteriori possibilità di scambio sia nei mercati dei prodotti intermedi sia nel mercato del bene finale. Sulla base di tale presupposto, il criterio strutturalista di valutazione delle intese verticali consisteva nella verifica che tali accordi non riducessero il numero degli acquirenti e dei venditori in ciascuna delle diverse fasi o, comunque, la possibilità di ulteriori scambi indipendenti.

Dal criterio strutturalista è derivata un'articolata tassonomia dei contratti verticali tra le imprese, riconducibili alle fattispecie generali dei contratti di esclusiva e dell'imposizione di prezzi di rivendita. È stata anche dedicata molta attenzione per distinguere le circostanze nelle quali vengono preclusi ulteriori scambi tra i distributori di una stessa marca (concorrenza *intra-brand*), oppure tra produttori e distributori di marche diverse (concorrenza *inter-brand*), anche se, in generale, una stessa fattispecie di intesa verticale può produrre entrambi gli effetti. Per esempio, con i contratti di esclusiva, viene ostacolata la concorrenza *inter-brand*, perché si blocca l'ingresso di nuovi concorrenti e si facilita il coordinamento tra i concorrenti esistenti sul mercato. Al contempo viene però ostacolata anche la concorrenza *intra-brand*, perché si riduce la possibilità di ulteriori scambi nella fase della vendita al dettaglio e quindi l'insieme delle alternative di scelta per i consumatori. Allo stesso modo, l'imposizione di prezzi di rivendita elimina la concorrenza tra dettaglianti, ostacolando la concorrenza *intra-brand*; ma, come si vedrà nel paragrafo 6.2.2, può valere anche come meccanismo di coordinamento collusivo tra i produttori.

La valutazione strutturalista delle intese verticali è stata severamente criticata dalla scuola di Chicago²⁴. Le diverse fattispecie (che, in molti casi, venivano fatte ricadere sotto il divieto *per se*) sono state singolarmente analizzate con differenti modelli teorici, per argomentare che le preoccupazioni in tema di concorrenza erano infondate, ma, in ultima analisi, la critica si reggeva su un unico argomento. La scuola di Chicago mise infatti in evidenza come esista una differenza sostanziale tra intese orizzontali e intese verticali, nonostante il diritto antitrust consideri entrambe nella stessa norma. Le intese orizzontali coordinano imprese che operano su uno stesso lato del mercato (in generale, il lato dell'offerta, benché nulla precluda che anche il coordinamento dal lato della domanda possa avere effetti anticoncorrenziali) e, per questo motivo, è ragionevole presumere che siano finalizzate a replicare il comportamento di un monopolista. Diversamente, le intese verticali coordinano imprese che operano su entrambi i lati del mercato: la loro finalità precipua deve essere pertanto cercata nel sostegno che esse offrono alla relazione di scambio tra le due imprese e, in senso lato, alla organizzazione della divisione sociale del lavoro. La questione cruciale, riguardo a una intesa verticale, è quindi se quella relazione debba essere organizzata più efficientemente attraverso uno scambio impersonale nel mercato o, piuttosto, attraverso una qualche relazione, contrattuale, di lungo periodo. In altri termini, quando si valuta una intesa verticale, non ha senso chiedersi quanto il contesto nel quale lo scambio ha luogo sia prossimo o lontano dall'ideale di mercato, ma occorre chiedersi innanzi tutto se è efficiente che quello scambio abbia luogo nel mercato. L'approccio strutturalista, nel preoccuparsi che le intese verticali restringano le potenzialità di ulteriori scambi, pretende che il mercato rappresenti sempre la soluzione più efficiente di un problema di organizzazione della divisione sociale del lavoro, anche quando esso non lo è affatto²⁵.

Con riferimento alle singole fattispecie, la critica di Chicago,

²⁴ Si vedano BORK R. (1978) e POSNER R.A. (2001).

²⁵ Come mette bene in evidenza il titolo di WILLIAMSON O. (1975), c'è un legame rilevante tra il contributo della scuola di Chicago alla teoria economica dell'organizzazione e la critica di Chicago all'approccio strutturalista in antitrust.

nel caso dei contratti di esclusiva, avvertì che un'impresa che monopolizza il mercato imponendo una esclusiva ai propri clienti ottiene un surplus che è necessariamente minore del *surplus* di cui si appropria il consumatore in un contesto concorrenziale. Di conseguenza, nessuna impresa può attendersi, dal monopolio generato dall'esclusiva, risorse sufficienti per convincere i propri clienti ad accettare la restrizione verticale, a meno che, proprio a causa di questa, non si realizzino guadagni di efficienza che fanno aumentare adeguatamente il surplus. La critica di Chicago argomentò che anche l'imposizione di prezzi di rivendita deve essere spiegata per ragioni di efficienza. L'imposizione di prezzi al dettaglio può eliminare, infatti, in primo luogo, le inefficienze della doppia marginalizzazione, da parte del produttore e da parte di un distributore che eventualmente goda anch'esso di potere di mercato. In secondo luogo, permette di risolvere un problema di incentivi quando l'attività di distribuzione ha un contenuto rilevante di informazione per la clientela. In queste circostanze, infatti, un distributore che investa risorse in tali attività deve temere il *free-riding* da parte dei concorrenti che, sfruttando l'informazione che egli offre alla clientela e rinunciando ad investire essi stessi in attività informative, potrebbero praticare prezzi più bassi. In mancanza di un prezzo al dettaglio uguale per tutti i rivenditori, il *free-riding* avrebbe l'effetto di eliminare dal mercato l'intera attività informativa, con una perdita di efficienza sociale²⁶.

Approfondendo gli argomenti della critica di Chicago, la sintesi post-Chicago ha però mostrato che, a seconda delle circostanze, le restrizioni verticali possono avere conseguenze ambigue dal punto di vista dell'efficienza e della concorrenza. Per esempio, Aghion and Bolton (1987) hanno mostrato che, a certe condizioni, i contratti di esclusiva operano efficacemente come barriera all'entrata verso concorrenti più efficienti dell'impresa a monte e che, quando ciò si verifica, l'esito di mercato è sempre inefficiente. Inoltre, Rasmussen, Ramseyer and Wiley (1991) e Segal and Whinston (2000) hanno argomentato che, se ci sono economie di

²⁶ Si veda TELSER L.G. (1960).

scala (e quindi esiste una dimensione minima perché un concorrente potenziale trovi convenienza ad entrare nel mercato) l'impresa *incumbent* può sfruttare le difficoltà di coordinamento tra gli acquirenti vincolando a un contratto di esclusiva soltanto alcuni di essi, ma riuscendo in tal modo a precludere l'ingresso nel mercato anche a un concorrente più efficiente. In base alla stessa intuizione Bernheim and Whinston (1998) dimostrano che, ricorrendo a contratti di esclusiva, è possibile impedire l'entrata di un concorrente più efficiente anche in un mercato adiacente, nel quale viene venduto un bene complementare.

Con riguardo all'imposizione di prezzi di rivendita, Rey and Tirole (1986) hanno analizzato le circostanze nelle quali si può determinare una riduzione dell'efficienza nel mercato. Implicazioni rilevanti per la concorrenza *inter-brand* ha il contributo di Jullien and Rey (2001) che hanno specificamente argomentato che, imponendo ai rivenditori il prezzo al dettaglio, si accresce significativamente l'osservabilità dei prezzi e quindi si facilita la collusione; dimostrando inoltre che, in tali circostanze, l'imposizione di prezzi di rivendita riduce sempre il benessere sociale quando le imprese hanno un incentivo ad adottarla.

Le implicazioni della sintesi post-Chicago per l'analisi anti-trust delle intese verticali sono di due tipi. Da un lato, è stata messa in evidenza la natura genericamente ambigua dei loro effetti dal punto di vista dell'efficienza. Dall'altro, è stato possibile chiarire definitivamente che le intese verticali non hanno una valenza anticoncorrenziale "propria", ma che, quando producono effetti anticoncorrenziali, questo risultato è da ricondurre al fatto che le imprese le utilizzano come strumento delle due fattispecie anti-trust più generali, cioè per porre in atto un abuso o per facilitare la collusione. Nel paragrafo 6.2. si daranno alcuni esempi di queste considerazioni attraverso l'analisi di alcune recenti decisioni dell'autorità italiana della concorrenza. A conclusione di questo paragrafo, vorrei invece richiamare brevemente una sofferta vicenda dell'antitrust europeo che riguarda le modalità con le quali sono state trattate le intese verticali tra produttori e distributori nel settore automobilistico e che è esemplare rispetto a molti aspetti analizzati in questo paragrafo.

Almeno a partire dagli anni Settanta, le principali imprese automobilistiche europee hanno regolato i rapporti con i distributori ricorrendo a particolari forme di esclusiva, specificamente a contratti di distribuzione selettiva, in base ai quali solo un certo tipo di distributori selezionati, in possesso di alcune caratteristiche, può essere qualificato per vendere un determinato prodotto. In tal modo esse hanno nei fatti ostacolato sistematicamente le "importazioni parallele" di autovetture, ossia la possibilità per i distributori di acquistare auto in un paese per rivenderle a consumatori di altra nazionalità. Eliminare la possibilità di importazioni parallele impedisce pratiche di arbitraggio tra i Paesi e determina una segmentazione geografica del mercato europeo in mercati nazionali distinti nei quali possono emergere, in equilibrio, prezzi anche significativamente diversi. Ciò dà luogo a due possibili effetti contrapposti. Da un lato, la segmentazione del mercato rafforza eventuali strategie collusive che coprono l'intero spazio economico europeo e che sono determinate dalle imprese tenendo conto dei differenti contesti di mercato nei singoli Paesi²⁷. D'altro lato, la possibilità di discriminare i prezzi tra i diversi mercati nazionali può permettere un ampliamento degli scambi, mentre impedire la discriminazione può avere l'effetto perverso di far scomparire l'offerta del bene o del servizio dai mercati nazionali nei quali i consumatori finali hanno prezzi di riserva strutturalmente più bassi.

L'antitrust europeo è stato sempre particolarmente restio a prendere in considerazione questo secondo effetto (efficiente) e ha in generale contrastato la discriminazione del prezzo di uno stesso bene o servizio tra i vari diversi Stati membri, nel convincimento che si tratti di uno degli ostacoli più gravi per lo sviluppo del mercato unico²⁸. Tuttavia, in taluni settori e, tra questi, il settore automobilistico, gli accordi di distribuzione selettiva hanno ottenuto ripetutamente specifiche esenzioni. Con molta probabilità, queste esenzioni sono da spiegare più semplicemente come il

²⁷ Un'analisi di questo effetto, con riferimento al mercato italiano, è stata proposta da SILVA F. - GRILLO M. - PRATI M. (1981).

²⁸ Si vedano, tuttavia, le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs nella causa C-53/03, *Syfait*.

risultato di pressioni lobbistiche, mirate a ritardare nel tempo la piena applicazione dei principi generali antitrust, che non come conseguenza di una valutazione analitica degli effetti economici di quegli accordi. Negli anni più recenti, infine, la Commissione ha abbandonato la pratica delle esenzioni settoriali, sostituendole progressivamente con il Regolamento per categoria del 1999. Questo Regolamento, accettando come presupposto l'implicazione della sintesi post-Chicago secondo la quale le intese verticali non possono produrre effetti anticoncorrenziali quando non possono essere utilizzate strumentalmente ai fini dell'abuso o dell'intesa collusiva, fissa condizioni generali che esentano gli accordi verticali non di prezzo in mercati non concentrati. Poiché il nuovo Regolamento è di non facile applicazione nel caso del settore automobilistico, non meraviglia che i nuovi orientamenti abbiano alla fine portato la Commissione, nel 1998, a sanzionare severamente un'intesa con la quale la *Volkswagen* aveva impedito ai propri concessionari italiani di vendere automobili del gruppo a clienti non italiani²⁹.

4. - Il divieto di abuso di potere di mercato

Diversamente dal caso delle intese, il diverso dettato della seconda sezione dello *Sherman Act* (che vieta di monopolizzare il mercato) e dell'articolo 82 del Trattato di Roma (che vieta l'abuso di posizione dominante) ha portato a criteri interpretativi non sempre convergenti nell'antitrust statunitense e in quello europeo. Lo *Sherman Act* esige infatti l'individuazione di un nesso causale tra la condotta dell'impresa e il conseguimento del potere di mercato e la proibizione investe in generale il ricorso a mezzi diversi dalla "concorrenza sul merito", cioè diversi dalla capacità di offrire prodotti migliori rispetto ai concorrenti o di organizzare l'attività imprenditoriale in modo più efficiente. La norma del Trattato di Roma insiste invece sulla nozione di "posizione dominan-

²⁹ La vicenda risale ai primi anni Novanta, quando l'ampia svalutazione della lira nei confronti del marco aveva reso particolarmente conveniente l'acquisto di automobili *Volkswagen* in Italia.

te”, imponendo a un’impresa che gode di una posizione dominante sul mercato, la “speciale responsabilità” di astenersi da strategie concorrenziali diverse da quelle compatibili con la “normale concorrenza”. La norma europea si presta a interpretazioni differenti, rispetto alla norma statunitense, per due ragioni. In primo luogo, perché ammette la possibilità di sottoporre al divieto antitrust non solo strategie che implicano l’acquisizione di una posizione dominante, ma anche il semplice sfruttamento del potere di mercato (il cosiddetto “abuso di sfruttamento”, estraneo al diritto antitrust statunitense). In secondo luogo, perché focalizza la valutazione dei singoli casi sul dato strutturale (la posizione dominante) più che sugli effetti, restrittivi o non restrittivi, dei comportamenti di impresa.

È opportuno innanzi tutto avvertire che il divieto di abuso di sfruttamento — contenuto nella lett. *a)* dell’articolo 82 del Trattato che vieta esplicitamente alle imprese in posizione dominante di applicare prezzi elevati o condizioni di contratto ingiustamente onerose — non ha trovato quasi applicazione in Europa³⁰. Anche la lett. *c)* dello stesso articolo, che vieta la discriminazione di prezzo, potrebbe essere connessa, almeno in parte, con la nozione di abuso di sfruttamento. Tuttavia nell’interpretazione della lett. *c)* ha fatto premio il punto di vista economico secondo cui la discriminazione del prezzo, nel caso dei beni di consumo finale, accresce l’efficienza del mercato perché rende conveniente per l’impresa servire anche i consumatori con prezzi di riserva più bassi e questo ha effetti espansivi, in termini di prodotto e di benessere sociale. Per queste ragioni, anche la lett. *c)* dell’articolo 82 non ha trovato applicazione nel caso dei beni di consumo finale. Al contrario, nel caso di beni intermedi, il divieto di discriminazione di prezzo ha avuto un’ampia ed elaborata applicazione. Il riferimento tipico è quello di

³⁰ A spiegare questo fatto concorre, a mio giudizio, la consapevolezza che il rinvio alla nozione di prezzo “giusto” rende la lett. *a)* dell’articolo 82 intrinsecamente incongrua con lo spirito di un “diritto della concorrenza”; giacché il principale contributo della teoria economica della concorrenza è stato quello di derivare una teoria dei prezzi in aperta antitesi con le teorie precedenti del “prezzo giusto”.

un'impresa che ha una posizione dominante nel mercato di un bene intermedio e che, attraverso la discriminazione del prezzo, può alterare la relazione concorrenziale, nei mercati a valle, tra i diversi acquirenti del bene intermedio. La preoccupazione è maggiore quando l'impresa che discrimina i prezzi è verticalmente integrata e fa pagare prezzi più elevati per l'accesso a un *input* — o a una infrastruttura essenziale (*essential facility*) — di cui ha il controllo, ai propri concorrenti nel mercato a valle; come nel caso, tipico, delle imprese che controllano la rete nei settori di pubblica utilità. È però importante sottolineare che, nel caso dei beni intermedi e diversamente dal caso dei beni finali, l'effetto anticoncorrenziale che la norma previene vietando la discriminazione è l'esclusione di concorrenti dal mercato, non lo sfruttamento degli acquirenti finali.

La mancata applicazione delle norme antitrust alla nozione di abuso di sfruttamento in Europa ha fatto venire meno, nella pratica, uno dei motivi di divergenza in tema di abuso tra l'antitrust statunitense e l'antitrust europeo. Oggi, negli Stati Uniti e in Europa, c'è consenso sul fatto che l'abuso di potere di mercato³¹ deve comunque presupporre un effetto escludente nei confronti dei concorrenti. La nozione di abuso di esclusione porta tuttavia con sé una difficile questione interpretativa, giacché l'esclusione di uno o più concorrenti è l'obiettivo naturale di qualsiasi impresa che concorra nel mercato. Diventa quindi necessario definire con precisione dove deve essere collocata la "sottile linea rossa" che divide il comportamento abusivo dal normale comportamento concorrenziale. Su questa questione si è concentrata ampia parte del dibattito antitrust degli ultimi anni.

Si consideri, innanzi tutto, che la questione investe il contrasto tra lo strutturalismo antitrust e l'analisi post-Chicago: nell'approccio strutturalista, infatti, l'esclusione di concorrenti da parte di un'impresa in posizione dominante è considerata anticoncorrenziale perché restringe la libertà di iniziativa economica di al-

³¹ D'ora in avanti (seguendo VICKERS J., 2005) utilizzerò l'espressione "abuso di potere di mercato" per riferirmi indifferentemente alla nozione di "*monopolization or attempt to monopolize*" del diritto antitrust statunitense e alla nozione di "abuso di posizione dominante" del diritto antitrust europeo.

tri operatori e, limitando il loro numero, induce nel mercato equilibri “monopolistici”. Ma il punto è che, quando un’impresa più grande esclude un’impresa minore perché è più efficiente (cioè, quando l’esclusione è il risultato della concorrenza “secondo il merito”), non è fondato considerare il risultato come anticoncorrenziale. L’analisi post-Chicago suggerisce allora che “la sottile linea rossa” tra comportamento concorrenziale e abuso deve essere collocata nel punto in cui un’impresa utilizza il proprio potere di mercato per escludere un concorrente “altrettanto efficiente”, giacché questo è un esito che non potrebbe realizzarsi in condizioni di concorrenza normale, quando le imprese concorrono tra di loro “secondo il merito”. Benché semplice in principio, la tesi proposta dalla sintesi post-Chicago comporta tuttavia problemi non semplici da risolvere, in particolare quando si tratta di individuare cosa sia un “concorrente altrettanto efficiente” nei settori nei quali effetti cumulativi di apprendimento, economie di scala e di produzione congiunta, o esternalità di rete, possono essere agevolmente utilizzati da un’impresa che gode di potere di mercato per escludere i concorrenti in grado di utilizzare la sua stessa tecnologia³².

Più in generale, il criterio suggerito dalla sintesi di Chicago trova comunque difficoltà a imporsi su una tradizione giuridica ampiamente influenzata dall’approccio strutturalista — questa difficoltà è peraltro maggiore in Europa, dove la norma contiene un esplicito richiamo alla nozione di posizione dominante. Lo strutturalismo ha infatti ispirato una interpretazione della normativa sui comportamenti abusivi costruita, più che su una ponderazione degli effetti, sulla tassonomia di un determinato insieme di pratiche, cui viene attribuita una generica capacità escludente in quanto riducono lo spessore degli scambi nel mercato e che vengono considerate abusive quando sono messe in atto da imprese che godono di una posizione dominante nel mercato. Questa tassonomia è tradizionalmente organizzata secondo due dimensioni: (i) che la pratica coinvolga una relazione “orizzontale” oppure “verticale” tra le imprese; (ii) che la prati-

³² Sul punto, si veda VICKERS J. (2005).

ca abbia ad oggetto il prezzo o variabili diverse da prezzo. Specificamente, pratiche che riguardano variabili diverse dal prezzo e coinvolgono una relazione orizzontale sono le cosiddette vendite abbinata, nella forma sia di vendite condizionate (*tying*) sia di vendite congiunte (*bundling*). Pratiche di prezzo che coinvolgono una relazione orizzontale sono gli sconti in generale (*rebates*), gli sconti condizionati ad acquisti congiunti (*mixed bundling*) e la fissazione di prezzi “predatori”. Coinvolgono invece una relazione verticale sia le pratiche di prezzo che comprimono i margini di un concorrente (*margin squeeze*) sia, tra le pratiche diverse dal prezzo, il rifiuto di fornitura o l'imposizione di vincoli di esclusiva.

Nel restringere gli scambi nel mercato, queste pratiche hanno tuttavia analoga capacità escludente sia nei confronti di un concorrente meno efficiente, sia nei confronti di un concorrente “altrettanto efficiente”. La sintesi post-Chicago argomenta di conseguenza che la tassonomia tradizionale delle pratiche abusive offre una guida inadeguata a comprendere il reale effetto anticoncorrenziale (cioè, l'esclusione del concorrente efficiente). Seguendo questo orientamento, un recente rapporto dell'EAGCP (*Economic Advisory Group for Competition Policy*) presso la direzione generale concorrenza della Commissione Europea ha proposto che la liceità o la illiceità antitrust di uno specifico comportamento, messo in atto da un'impresa con potere di mercato, non venga fatta discendere dalla riconduzione di quel comportamento alle fattispecie astratte della tassonomia strutturalista, bensì da un'analisi diretta dei suoi effetti economici³³.

La necessità di fondare la decisione antitrust sulla valutazione diretta degli effetti dello specifico comportamento nasce

³³ Si veda GUAL J. - HELLWIG M. - PERROT A. - POLO M. - REY P. - SCHMIDT K. - STEMBACKA R. (2006). In modo poi non così soltanto immaginifico, il rapporto suggerisce che la decisione antitrust nasca dal confronto tra due “storie” alternative - la prima, che descrive gli effetti di inefficienza (cioè la capacità di escludere un concorrente “altrettanto efficiente”) e quindi la valenza anticoncorrenziale di quel comportamento; la seconda, che ne mette in evidenza gli effetti di efficienza (cioè la capacità di escludere solo concorrenti meno efficienti) e quindi la valenza concorrenziale. Chi ha la responsabilità della decisione determina quindi “quale delle due storie debba essere considerata più plausibile” (p. 123, traduzione mia).

dalla ambiguità degli esiti che, nella sintesi post-Chicago, tende sempre ad accompagnarsi a ciascuna delle pratiche della tassonomia strutturalista. Si considerino, per esempio, le pratiche escludenti che coinvolgono strategie di prezzo: nel breve periodo, queste si accompagnano sempre a un aumento dell'efficienza, perché i prezzi più bassi allargano gli scambi nel mercato, e ad un beneficio per i consumatori che se ne avvantaggiano; gli effetti anticoncorrenziali potranno conseguire nel lungo periodo, se l'impresa riesce ad escludere un concorrente "altrettanto efficiente". Nel caso di pratiche escludenti che coinvolgono strategie diverse dal prezzo, la presunzione strutturalista è che esse estendano una posizione di monopolio da un mercato a un altro mercato potenzialmente concorrenziale (e che può essere orizzontalmente adiacente, come nel caso di vendite abbinate; o verticalmente collegato, come nel caso di rifiuti di fornitura o di imposizione di vincoli di esclusiva). Criticando la presunzione strutturalista, la scuola di Chicago ha argomentato che, in ciascuna di queste circostanze, esiste una sola fonte di monopolio e un unico mercato finale dai quali l'impresa può estrarre un profitto monopolistico: pertanto, le pratiche che estendono una posizione di monopolio da un mercato all'altro possono trovare una spiegazione razionale solo in quanto si accompagnino a miglioramenti di efficienza, giacché in assenza di questi l'impresa non avrebbe modo di aumentare ulteriormente i propri profitti³⁴. La sintesi post-Chicago ha però, a sua volta, criticato la teoria dell'unico profitto di monopolio, mostrando

³⁴ Il punto di vista di Chicago è ancora vivo in una parte significativa della giurisprudenza antitrust. Esso è stato, per esempio, ribadito dal giudice Easterbrook (che è stato uno degli esponenti leader della scuola di Chicago) della corte di appello per il Settimo Circuito degli Stati Uniti d'America, che in una recente pronuncia (*Schor versus Abbott*, 2006) ha affermato che: "Il punto cruciale è che un'impresa che monopolizza una componente essenziale di un bene o di un servizio può già estrarre l'intero profitto di monopolio fissando adeguatamente il prezzo relativo alla sola componente. Se il monopolista ottiene anche il controllo di un'altra componente e cerca di aumentare ulteriormente il prezzo anche di questa seconda componente, l'effetto che si produce è analogo a quello di un monopolista che fissa un prezzo più alto del prezzo di monopolio per la componente sulla quale ha il controllo monopolistico. Il monopolista può estrarre il suo profitto solo una volta. Ogni tentativo di fare di più si risolve in un fare di peggio e sarà evitato dallo stesso monopolista" (traduzione mia).

che “estendere” un monopolio può essere una strategia razionale per l’impresa, in determinate circostanze; e concludendo per tale ragione che, ogniqualvolta si osserva un’estensione di un monopolio da un mercato a un altro, la giustificazione in chiave di efficienza non può essere presunta, ma deve essere valutata caso per caso.

Il rapporto EAGCP ha il pregio di affrontare esplicitamente la sfida posta dai “*possibility theorems*” (Evans e Padilla, 2005) della sintesi post-Chicago, secondo cui ciascuna delle fattispecie della tassonomia strutturalista si accompagna, a seconda delle circostanze, sia a una riduzione, sia a un aumento del benessere sociale. Per altro verso, il rapporto EAGCP trascura la questione, che ho discusso nel paragrafo introduttivo, che il giudizio antitrust non può consistere in un ambiguo intervento di regolazione *ex-post*, ma deve essere riferito a *standard* giuridici in grado di definire in astratto (sia pure in termini ampiamente condizionati) quali comportamenti sono ammissibili o non ammissibili nel mercato³⁵. Considerata la portata della sfida posta dalla sintesi post-Chicago, è ragionevole attendersi che *standard* giuridici coerenti con gli sviluppi analitici potranno determinarsi compiutamente soltanto all’esito di una adeguata accumulazione giurisprudenziale. La riflessione teorica può tuttavia dare un aiuto in questa direzione: come cercherò di illustrare nel paragrafo 6 con alcuni esempi concreti riferiti all’esperienza antitrust italiana, non pochi contributi della scuola post-Chicago consentono già di analizzare comportamenti abusivi in grado di escludere un “concorrente altrettanto efficiente” secondo modalità adeguate a derivare *standard* giuridici.

Nel seguito di questo paragrafo, seguendo uno schema proposto nel rapporto EAGCP, mi concentrerò su tre classi di modelli teorici del comportamento escludente, la prima delle quali riguarda strategie che possono escludere concorrenti che operano nello stesso mercato (il caso tipico è quello dei “prezzi predatori”), mentre la seconda e la terza concernono le modalità con le

³⁵ Per le difficoltà poste dagli sviluppi della critica post-Chicago in questa prospettiva, si veda OSTI C. (2006). Una valutazione molto critica delle conseguenze di tali difficoltà è in DENOZZA F. - TOFFOLETTO A. (2006).

quali un'impresa, sfruttando il proprio potere su un mercato, riesce ad escludere concorrenti che operano in mercati collegati sia orizzontalmente sia verticalmente.

Con riguardo alla prima classe, un prezzo è *prima facie* detto predatorio se è inferiore ai costi di produzione dell'impresa che lo fissa con l'obiettivo di escludere i concorrenti dal mercato e di aumentare così i profitti nel lungo periodo. Due condizioni devono essere soddisfatte perché un prezzo, che esclude un concorrente, rappresenti un abuso ai sensi dell'articolo 82. In primo luogo, l'impresa deve subire perdite nel breve periodo, così che quella strategia di prezzo non possa avere spiegazione diversa dalla finalità di escludere un concorrente almeno "altrettanto efficiente". In secondo luogo, quando il concorrente è uscito dal mercato, l'impresa deve essere in grado di aumentare nuovamente il prezzo e tenerlo stabilmente al livello "di monopolio" per recuperare le perdite di breve periodo; questa seconda condizione può essere soddisfatta soltanto se l'impresa gode di potere di mercato.

I prezzi predatori hanno rappresentato una fattispecie classica del diritto antitrust. Nell'esperienza statunitense della prima metà del secolo scorso questa fattispecie fu frequentemente utilizzata con l'obiettivo di proteggere le imprese più piccole dai concorrenti di maggiori dimensioni, che si presumeva godessero di vantaggi asimmetrici dal punto di vista finanziario, così da poter sostenere fasi onerose di "guerra dei prezzi". Contro questa visione comune si appuntò la critica di Chicago, secondo la quale una strategia di prezzo che imponga perdite all'impresa che la persegue deve ritenersi implausibile per diverse ragioni: (i) perché in una fase di guerra dei prezzi l'impresa maggiore sopporta perdite più elevate del concorrente; (ii) perché, anche se il concorrente esce dal mercato, i suoi asset possono essere utilizzati da un'altra impresa e ciò pone l'impresa che fissa prezzi predatori davanti alla prospettiva di dovere continuamente intraprendere politiche analoghe, o comunque le impedisce di recuperare le perdite; (iii) perché i mercati finanziari rimuovono le asimmetrie finanziarie a favore delle imprese di maggiori dimensioni; (iv) perché, in ogni caso, è più vantaggioso per un'impresa acquisire il concorrente,

piuttosto che escluderlo dal mercato con una costosa guerra dei prezzi³⁶.

La sintesi post-Chicago ha invece mostrato che esistono condizioni alle quali un'impresa con potere di mercato può perseguire razionalmente una strategia di prezzi predatori, in particolare quando agisce in un contesto di incompletezza informativa³⁷. Infatti, se l'informazione sulle funzioni di costo è incompleta, un'impresa con potere di mercato, praticando prezzi predatori, può fare credere ai propri concorrenti di produrre a costi più bassi dei suoi veri costi e, sulla base di questa reputazione, indurli a uscire dal mercato o scoraggiare i concorrenti potenziali dall'entrare. Inoltre, le asimmetrie informative vincolano la capacità delle imprese di ottenere credito e, quando questa circostanza viene combinata con la possibilità di creare effetti di reputazione, l'originaria giustificazione della rilevanza antitrust dei prezzi predatori può risultare confermata.

Una volta chiarito, dal punto di vista teorico, che una strategia di prezzi predatori può essere spiegata razionalmente, il problema antitrust fondamentale riguarda la determinazione del livello dei costi al di sotto del quale un prezzo possa essere considerato predatorio. Se una strategia di prezzo è abusiva soltanto se ha potere escludente nei confronti di un concorrente altrettanto efficiente, è innanzi tutto evidente che un prezzo superiore ai costi medi totali dell'impresa che lo pratica, potendo escludere soltanto concorrenti meno efficienti, non può configurare un abuso. È quindi necessario che il prezzo sia almeno inferiore al costo medio totale. Per molti anni la valutazione antitrust ha fatto propria la regola proposta da Areeda e Turner (1974), secondo la quale un prezzo inferiore ai costi variabili me-

³⁶ Si veda MCGEE J. (1958). L'articolo di McGee provocò un vivace dibattito nel quale, ai diversi argomenti, si obiettò che: (i) le strategie di prezzi predatori possono essere disegnate selettivamente, per minimizzare il costo della guerra di prezzo che l'impresa di maggiori dimensioni deve sopportare; (ii) che, almeno in parte, i costi del concorrente che si vuole eliminare sono costi non recuperabili; (iii) che i mercati finanziari non sono efficienti; (iv) che la strategia predatoria può essere essa stessa perseguita in vista di una successiva acquisizione del rivale a condizioni economiche più convenienti.

³⁷ Si veda, in particolare, l'analisi svolta da BOLTON P. - BRODLEY J. - RIORDAN M. (2000).

di può essere considerato sempre predatorio (giacché implica, nel breve periodo, perdite che l'impresa potrebbe evitare), mentre un prezzo che, pur coprendo interamente il costo medio variabile, è inferiore al costo medio totale deve essere presunto lecito dal punto di vista antitrust, a meno che l'autorità non sia in grado di provare il contrario.

Di recente è stato suggerito di considerare come variabile di riferimento, non il costo totale, ma il costo incrementale che l'impresa sostiene quando aumenta la produzione per far fronte alla maggiore domanda indotta dal minor prezzo. Il costo incrementale può essere considerato in un'ottica di breve periodo (quando l'impresa non è in grado di aggiustare in modo efficiente tutti i fattori della produzione) o in un'ottica di lungo periodo (cioè come il costo aggiuntivo che l'impresa sopporta quando aggiusta in modo efficiente tutti i fattori all'aumentata produzione). Un prezzo può essere pertanto considerato predatorio se non copre il "costo medio evitabile" nel breve periodo (Baumol, 1996), oppure il costo medio incrementale di lungo periodo (Bolton, Brodley e Riordan, 2000). Questo secondo criterio è quello oggi più seguito nella valutazione antitrust.

Anche le politiche di sconto possono avere capacità escludente nei confronti di concorrenti in uno stesso mercato. Una distinzione consueta è quella tra sconti quantità e sconti fedeltà. Con gli sconti quantità il prezzo si riduce all'aumentare delle quantità acquistate da uno stesso cliente. Nel caso di sconti fedeltà, il prezzo si riduce quando gli acquisti di un determinato cliente, indipendentemente dalla loro quantità in valore assoluto, non sono inferiori a una certa percentuale (che può anche essere pari al 100 per cento) della sua domanda complessiva del bene. Gli sconti quantità possono avere giustificazioni economiche estranee al perseguimento di obiettivi escludenti: per esempio, possono riflettere la presenza di economie di scala nel rifornire uno stesso cliente. Più in generale, essi si risolvono in una forma di discriminazione del prezzo e, in questa prospettiva, hanno effetti di efficienza perché allargano gli scambi in un mercato. Per tale ragione gli sconti quantità non sono, in principio, proibiti dalle norme antitrust. Vi sono però circostanze nelle quali gli

sconti quantità producono effetti analoghi agli sconti fedeltà, in particolare, se l'offerta dell'impresa che li pratica è indispensabile per soddisfare una parte della domanda di un determinato cliente. Quando hanno carattere fidelizzante, gli sconti possono avere effetti anticoncorrenziali, in quanto mirano a dissuadere un acquirente dal rivolgersi ai concorrenti. La loro effettiva portata anticoncorrenziale tuttavia deve essere valutata secondo criteri analoghi a quelli utilizzati per definire un prezzo predatorio: in altri termini, occorre che il prezzo effettivo che il consumatore viene a pagare sulla parte incrementale della domanda, cioè sulla parte su cui opera lo sconto, sia inferiore al costo incrementale sopportato dall'impresa.

La seconda classe di modelli di comportamento escludente riguarda le strategie con le quali un'impresa può estendere il proprio potere, dal mercato in cui gode di una posizione dominante a un altro mercato collegato verticalmente. L'esempio tipico è il rifiuto di fornire un *input* essenziale a imprese concorrenti che operano nei mercati a valle (o, parallelamente, ad acquistare un input da imprese concorrenti che operano nei mercati a monte). Per valutare la portata anticoncorrenziale di un rifiuto a contrarre, occorre innanzi tutto confrontarsi con l'argomento della critica di Chicago secondo cui esiste un "unico profitto di monopolio" che l'impresa è in grado di assicurarsi compiutamente fissando adeguatamente il prezzo dell'*input*. Un rifiuto a contrarre, tuttavia, non implica un prezzo di monopolio, ma un prezzo infinito (nel caso di rifiuto a rifornire) o un prezzo nullo (nel caso di rifiuto ad acquistare); inoltre, in molte circostanze, la concorrenza nel mercato a valle (o a monte) può essere desiderabile anche se il monopolista si appropria interamente dell'unico profitto di monopolio. In tali circostanze ciò che rileva nella prospettiva antitrust è l'origine del potere di mercato di cui gode l'impresa nell'offerta (o nella domanda) di un *input*.

Nel caso in cui il potere di mercato nasce da una innovazione, si ritiene che l'inefficienza statica (associata a un monopolio, in genere temporaneo, dell'*input*) sia in generale più che controbilanciata dai benefici di efficienza dinamica che sono ottenuti quando gli incentivi agli investimenti innovativi sono massimiz-

zati. In questa prospettiva, il tema dei diritti di proprietà intellettuale è di grande rilievo e attualità nel dibattito antitrust, poiché lo scopo di tali diritti è proprio quello di ricompensare l'innovatore dei suoi investimenti attraverso i profitti di monopolio che possono essere lucrati solo escludendo i concorrenti dall'uso dell'innovazione.

In altri casi, invece, il potere di mercato può nascere dalla eredità storica di un monopolio istituzionale, oppure dall'esistenza di economie di scala che si estendono per l'intera dimensione del mercato; oppure ancora da una combinazione di questi due elementi. Quest'ultimo caso concerne tipicamente i settori a rete che offrono servizi di pubblica utilità. Fino agli anni Ottanta, il monopolio istituzionale delle *Public Utilities* è stato giustificato proprio a causa del monopolio naturale che in genere caratterizza la fase a rete. Le politiche di liberalizzazione degli ultimi due decenni sono state guidate invece dal convincimento che, quando è tecnologicamente possibile, è anche desiderabile dal punto di vista sociale che nei mercati a monte e a valle, che utilizzano i servizi della rete, operino più imprese in concorrenza tra di loro. Una nozione antitrust particolarmente rilevante nelle vicende della liberalizzazione delle *Public Utilities* è quella di *essential facility*, o infrastruttura essenziale, il cui esempio tipico è offerto appunto dalle reti che, all'esito dei processi di liberalizzazione, sono rimaste sotto il controllo dell'impresa che aveva precedentemente il monopolio istituzionale dell'intero servizio. Un'impresa in posizione dominante commette un abuso di potere di mercato quando nega a un concorrente l'accesso a una infrastruttura essenziale sulla quale abbia controllo. La Corte europea di Giustizia, nella decisione *Bronner*, ha tuttavia stabilito condizioni molto stringenti perché una infrastruttura possa essere ritenuta essenziale e quindi un rifiuto ai concorrenti di accedere a tale infrastruttura possa essere considerato un abuso. In primo luogo, non devono esistere altre infrastrutture, accessibili ai concorrenti, che possano valere da adeguato sostituto. In secondo luogo, deve essere impossibile duplicare l'infrastruttura da un punto di vista fisico o da un punto di vista economico. In terzo luogo, l'accesso, da parte dei con-

correnti, all'infrastruttura essenziale deve essere tecnicamente possibile e non deve imporre oneri indebiti all'impresa che ne ha il controllo (per esempio, deve esserci adeguata capacità in eccesso).

La terza classe di modelli di comportamento escludente riguarda le strategie con le quali un'impresa può estendere il proprio potere, dal mercato su cui gode di una posizione dominante a un mercato "adiacente", cioè collegato orizzontalmente. Un esempio tipico è la cosiddetta vendita abbinata (nella forma sia di vendita condizionata, o *tying*, sia di vendita congiunta, o *bundling*), mediante la quale un'impresa abbina il prodotto per il quale gode di potere di mercato con un altro prodotto venduto su un mercato concorrenziale. Come per le strategie escludenti in mercati verticalmente collegati, anche la possibilità di strategie escludenti in mercati adiacenti è stata soggetta alla critica di Chicago dell'unico profitto di monopolio. Partendo dalla presunzione che perseguire strategie di questo tipo con intenti anticoncorrenziali sia irragionevole, la scuola di Chicago ha indagato le possibili giustificazioni di efficienza delle vendite abbinate, individuandole nei risparmi sui costi (quando operano economie di scala o di offerta congiunta nella fase della vendita); oppure nella capacità di far fronte ad asimmetrie informative tra venditore e cliente circa il miglior modo di abbinare prodotti complementari; oppure, ancora, nel sostegno a strategie di discriminazione del prezzo, quando — per esempio, nel caso di vendita di un macchinario abbinata al relativo materiale di consumo — l'intensità della domanda del materiale di consumo funge da meccanismo per misurare i differenti prezzi di riserva del macchinario da parte dei consumatori.

Anche con riguardo alle vendite abbinate, la sintesi post-Chicago ha mostrato che, a seconda delle circostanze, prevalgono ragioni di efficienza o ragioni anticoncorrenziali. Si consideri, in primo luogo, il cosiddetto *mixed bundling*, cioè una forma di vendita con la quale l'impresa consente ai consumatori di acquistare i due beni separatamente o in forma abbinata (offrendo però, in questo secondo caso, ribassi di prezzo). Il *mixed bundling* ha la stessa valenza anticoncorrenziale di un prezzo predatorio e quin-

di deve essere valutato secondo lo stesso criterio: ciò che rileva, dal punto di vista della capacità di escludere dal mercato un concorrente altrettanto efficiente, è se il prezzo “incrementale” offerto sul prodotto abbinato è inferiore ai costi incrementali medi che occorre sostenere, nel lungo periodo, per la produzione del prodotto abbinato.

Diversa è invece l'analisi relativa alle vendite abbinate obbligatorie. In questo caso, abbinare le vendite di due prodotti, può servire a rafforzare una posizione di monopolio in due modi. In primo luogo, un'impresa che ha potere di mercato su un prodotto A può abbinarne la vendita con un prodotto B venduto su un mercato concorrenziale, per segnalare credibilmente l'intenzione di attuare una politica aggressiva nei confronti di un concorrente che entri in questo secondo mercato: se, infatti, il produttore di A è in grado di assumere un impegno irreversibile a mantenere la strategia di vendita abbinata anche in seguito alla effettiva entrata e vi sono economie di scala nella produzione di B, il concorrente potrebbe avere prospettive di profitto insufficienti e la vendita abbinata varrebbe in tal caso come una barriera artificiale all'entrata. È interessante osservare che, in questo caso, la portata anticoncorrenziale di una strategia di vendita abbinata è tanto maggiore quanto più ridotta è la complementarità tra i prodotti A e B³⁸.

In secondo luogo, quando infatti A e B sono beni complementari, il monopolista del prodotto A non avrebbe incentivo a bloccare l'entrata sul mercato di un concorrente, anche nell'ipotesi in cui questi sia in grado di offrire un prodotto B “migliore” (giacché, in tal caso, la complementarità farebbe aumentare anche la domanda del bene A). Tuttavia, in questa seconda circostanza, può esistere un diverso incentivo escludente ad abbinare la vendita di A alla vendita di B. Per la complementarità tra i due beni, infatti, l'entrata nel mercato del bene A è più facile per un'impresa che già produce il bene B. La vendita abbinata, anche se non risponde a un motivo proprio di profittabilità, può diventare allora uno strumento utile per prevenire l'entrata nel mer-

³⁸ Si veda WHINSTON M.D. (1990).

cato di A da parte di un concorrente che già produce il bene B³⁹. La possibile portata anticoncorrenziale delle vendite abbinate di prodotti complementari ha fornito la base teorica per l'argomento del *Department of Justice* statunitense nel caso antitrust di maggior richiamo dell'ultimo decennio: il caso *Microsoft*. È interessante osservare che la decisione della Corte di Appello ha accettato la tesi che il comportamento di *Microsoft* poteva essere spiegato, nella prospettiva antitrust, come volto a mantenere il monopolio di *Microsoft* nel sistema operativo, mentre ha rigettato la parallela e contemporanea costruzione, ugualmente proposta dal *Department of Justice* e confermata in primo grado dal tribunale distrettuale, di un abuso di *Microsoft* volto ad estendere la propria posizione monopolistica dai sistemi operativi al mercato, concorrenziale, dei *browser*.

5. - Le concentrazioni

5.1 I criteri di valutazione

Sia negli Stati Uniti, sia in Europa, un'impresa che intenda acquisire un'altra impresa, o due imprese che intendano fondersi, devono comunicare la propria intenzione alla autorità antitrust per riceverne una autorizzazione. Le autorità della concorrenza esercitano pertanto competenze tipiche di un regolatore quando valutano le concentrazioni e il diritto antitrust, in questo caso, fissa i criteri che devono essere seguiti ai fini dell'autorizzazione o del divieto. Negli Stati Uniti questi criteri furono fissati circa un quarto di secolo dopo lo *Sherman Act*, nel 1914, con il *Clayton Act*. La sezione 18 del *Clayton Act* stabilisce che una concentrazione deve essere proibita se da essa consegue una "riduzione sostanziale della concorrenza" o la "creazione di un monopolio". In Europa, la vicenda storica presenta analogie. Il Trattato di Roma non contiene alcuna previsione in merito alle concentrazioni. Inizialmente, la Commissione

³⁹ Si veda l'articolo di CARLTON D.W. - WALDMAN M. (2002).

cercò di far rientrare nell'applicazione all'articolo 82 la valutazione di concentrazioni che avessero l'effetto di ridurre la concorrenza nel mercato. Nel 1989 — trenta anni dopo il Trattato di Roma — venne introdotto, ai fini del controllo delle concentrazioni tra imprese, il Regolamento comunitario n. 4064/89, modificato di recente dal Regolamento n. 139/04. Quest'ultimo prevede che siano "dichiarate incompatibili con il mercato comune" le concentrazioni che "ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva" nel mercato comune, "in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante".

La norma di diritto interno italiano (l'articolo 6 della legge n. 287/90) mantiene la formulazione del precedente Regolamento comunitario n. 4064/89 cui era stata ispirata, prevedendo il divieto per concentrazioni che comportano "la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza". Lo stesso articolo prevede poi, al secondo comma, che l'autorità antitrust possa autorizzare una concentrazione che comporta le conseguenze sopra descritte, "prescrivendo le misure necessarie ad impedir[le]".

La norma europea è stata modificata, nel 2004, perché la concreta possibilità di una concentrazione transnazionale, sottoposta contemporaneamente alla autorizzazione sia dell'autorità statunitense, sia dell'autorità europea, pose il problema di uniformare i criteri di valutazione, per evitare il rischio di decisioni contrastanti⁴⁰. La modifica fu ispirata dal convincimento che la norma statunitense fosse più "sostanziale" della norma europea. Mentre infatti il *Clayton Act* proibisce qualsiasi concentrazione che determina una riduzione significativa della concorrenza, il Regolamento comunitario n. 4064/89 condizionava il divieto al fatto che, con la concentrazione, si costituisce o si rafforza una posizione dominante. La nozione di posizione dominante rinvia a caratteristiche strutturali del mercato, come

⁴⁰ Nel 2001 la Commissione europea aveva vietata la concentrazione *General Electric/Honeywell* che l'autorità statunitense aveva invece autorizzato.

un elevato indice di concentrazione o un'elevata quota di mercato dell'impresa che risulta dalla concentrazione, in presenza di barriere all'entrata.

È utile osservare, innanzi tutto, che i due criteri sono differenti solo nel caso di concentrazioni che si realizzano in mercati nei quali permangono condizioni di oligopolio non collusivo: quando la concentrazione crea un monopolio o determina condizioni favorevoli alla collusione, il criterio europeo della "dominanza" (che può essere singola o collettiva) e il criterio statunitense della "riduzione sostanziale della concorrenza" portano infatti alla stessa valutazione. Quando, invece, il contesto rimane oligopolistico dopo la concentrazione, e al contempo non è possibile inferire che la concentrazione favorisca l'emergere di equilibri collusivi, il criterio statunitense della "riduzione sostanziale della concorrenza" impone di guardare direttamente agli effetti restrittivi, in termini di riduzione dell'offerta o di aumento dei prezzi, mentre il criterio europeo della "posizione dominante" subordina necessariamente ogni valutazione concorrenziale alla verifica di una modifica degli elementi "strutturali".

Poiché è plausibile che la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante dia luogo a una riduzione sostanziale della concorrenza, mentre una riduzione sostanziale della concorrenza può determinarsi anche senza che si crei una posizione dominante, il criterio del *Clayton Act* appare, a prima vista, più restrittivo di quello del Regolamento comunitario del 1989. Questa conclusione contrasta con la circostanza che, nel caso *General Electric/Honeywell*, gli Stati Uniti autorizzarono una concentrazione che la Commissione europea invece successivamente vietò. Nel dibattito che ha preceduto la modifica del Regolamento europeo è stato allora posto l'accento sulle implicazioni più "formalistiche" del criterio della "posizione dominante"; argomentando che esso, alla fine, induceva le autorità europee ad accontentarsi di un'analisi degli indicatori strutturali del mercato, senza una attenta valutazione del fatto che la modifica di tali indicatori si accompagnasse concretamente ad effetti anticoncorrenziali. Ciò creava le premesse per incorrere in un errore del primo tipo, cioè di non autorizzare una concentrazione che, nonostante l'au-

mento degli indicatori strutturali, non fosse tale da ridurre la concorrenza nel mercato.

Il nuovo Regolamento n. 139/04 (nonostante un dettato letterale alquanto infelice) chiede all'autorità antitrust europea di valutare una concentrazione in base agli ostacoli alla concorrenza effettiva che essa eventualmente induce, seguendo in tal modo un criterio analogo a quello statunitense. In questa prospettiva diventa essenziale distinguere tra le concentrazioni che, determinando miglioramenti nella produzione o nelle caratteristiche dei prodotti, portano a un aumento dell'offerta complessiva, e le concentrazioni che determinano solo un peggioramento delle condizioni concorrenziali, dando così luogo a una riduzione dell'offerta: in altri termini, nella valutazione di ciascuna specifica concentrazione, occorre mettere in evidenza sia gli effetti proconcorrenziali, sia gli effetti anticoncorrenziali, facendo discendere l'autorizzazione (o il diniego) dal prevalere dei primi sui secondi (o dei secondi sui primi). È, per altro, cruciale che deve trattarsi di effetti che hanno origine direttamente dalla concentrazione, di modo che non possono assumere rilevanza, ai fini della valutazione antitrust, né possibili efficienze che la concentrazione non è strettamente necessaria a realizzare, né ostacoli alla concorrenza nel mercato che non trovano la loro causa nella stessa concentrazione. Ciò significa che gli effetti di efficienza possono entrare in gioco solo in quanto traggano origine da reali "sinergie" tra le imprese che si concentrano.

5.2 *Effetti unilaterali ed effetti coordinati*

Gli effetti anticoncorrenziali di una concentrazione vengono generalmente distinti in: (i) effetti unilaterali; ed (ii) effetti coordinati. Gli effetti unilaterali si riferiscono alle modifiche nelle strategie di mercato che sono determinate dalla riorganizzazione degli *asset* dell'impresa a seguito della concentrazione e che si diffondono all'intero mercato attraverso l'interazione con i concorrenti. Gli effetti coordinati (solitamente identificati in Europa con la nozione di "dominanza collettiva") si riferiscono invece alle modifi-

che delle condizioni di mercato che rendono possibile l'emergere di equilibri collusivi (taciti o espliciti) tra l'impresa che nasce dalla concentrazione e gli altri concorrenti.

Quando non vi sono sinergie tra le imprese, a una concentrazione sono sempre associati effetti unilaterali di riduzione della concorrenza: la riduzione del numero delle imprese si accompagna infatti sempre a un accrescimento del potere di mercato e a una conseguente riduzione del benessere sociale. Questi effetti unilaterali sono ben evidenziati attraverso gli strumenti tipici dei modelli strutturalistici, cui le autorità antitrust ricorrono per stabilire se una concentrazione determina un aumento del potere di mercato. A tal riguardo, le *Merger Guidelines* statunitensi del 1992 fanno riferimento, innanzi tutto, al grado di concentrazione dell'industria misurato attraverso l'indice di Herfindahl-Hirschmann (HHI) e alla variazione di tale indice indotta dalla concentrazione⁴¹. A parità di valore dell'indice HHI, l'intensità degli effetti unilaterali è tanto maggiore quanto più elevata è la quota di mercato raggiunta dalle imprese che si concentrano e quanto più sono comunque deboli, sia le condizioni di concorrenza tra le imprese rimaste indipendenti nel mercato (per esempio, perché è bassa l'elasticità incrociata con i prodotti dei concorrenti, oppure perché i concorrenti sono soggetti a vincoli di capacità produttiva, oppure ancora perché i consumatori devono sostenere *switching cost* elevati per rivolgersi ad altra impresa) sia le condizioni di concorrenza potenziale (per la presenza di barriere all'entrata di natura istituzionale, tecnologica o finanziaria).

L'analisi degli effetti unilaterali in assenza di sinergie tra le imprese che si concentrano mette in evidenza che i concorren-

⁴¹ Le *Guidelines* suggeriscono alcune soglie inferiori (o *safe harbors*) al disotto delle quali una concentrazione è ignorata dall'autorità antitrust. Tali soglie dipendono da una combinazione del valore strutturale dell'indice HHI (che è compreso tra zero e 10.000) e della sua variazione indotta dalla concentrazione. Più specificamente una concentrazione è di norma autorizzata: (i) quando il valore dell'indice HHI si mantiene comunque inferiore a 1.000; (ii) quando il valore di HHI è superiore a 1.000, ma inferiore a 1.800 e la variazione indotta dalla concentrazione è inferiore a 100; (iii) quando il valore di HHI è superiore a 1.800 e la variazione indotta dalla concentrazione è inferiore a 50.

ti traggono beneficio da una concentrazione che riduce la concorrenza nel mercato: quando, infatti, la variabile concorrenziale è la quantità, le imprese che si concentrano riducono complessivamente la propria offerta e, poiché le quantità sono sostituti strategici, l'offerta dei concorrenti aumenta; quando la variabile concorrenziale è il prezzo, le imprese che si concentrano aumentano i prezzi dei propri prodotti (giacché, a seguito della concentrazione, possono internalizzare le esternalità associate a reciproche variazioni dei prezzi) e, poiché i prezzi sono complementi strategici, anche i concorrenti aumenteranno i loro. Questa considerazione è di particolare rilievo quando si considera che, nel valutare gli effetti di una concentrazione, l'autorità antitrust svolge una intensa istruttoria, alla quale partecipano — in molti casi per loro stessa sollecitazione — le altre imprese che operano nel mercato interessato. Occorre tuttavia fare molta attenzione quando si utilizzano le valutazioni dei concorrenti come elementi a sostegno di una decisione antitrust perché, per le ragioni esposte, la comunicazione tra l'autorità antitrust e i concorrenti delle imprese che si concentrano è intrinsecamente ambigua e qualsiasi input di informazione che provenga da questi ultimi, a meno che non sia sostenuto da *hard evidence*, deve essere sempre considerato scrupolosamente con questi *caveat*.

Talvolta una concentrazione è soltanto l'epilogo di un confronto concorrenziale, a conclusione del quale l'impresa che è uscita vincente acquisisce l'impresa soccombente. Quando non vi è alternativa plausibile alla concentrazione che l'uscita dal mercato dell'impresa soccombente, e non esiste altro acquirente in grado di proporle un'acquisizione con "minori" effetti riduttivi della concorrenza, gli effetti unilaterali della concentrazione devono essere confrontati con gli esiti che si produrrebbero comunque nel mercato con l'uscita dell'impresa soccombente. Questo approccio è noto come "*failing firm defense*" e può portare l'autorità antitrust ad autorizzare una concentrazione anche in presenza di significativi effetti unilaterali.

Diversamente dal caso di assenza di sinergie tra le imprese che si concentrano, in presenza di sinergie gli effetti unilatera-

li possono accompagnarsi a un aumento del benessere sociale: se, infatti, le condizioni tecnologiche o l'appetibilità dei beni offerti ai consumatori migliorano in seguito alla concentrazione, non vi è ragione perché la strategia ottimale per le imprese debba consistere in un aumento dei prezzi o in una riduzione dell'offerta; e, anche tenendo conto delle reazioni strategiche dei concorrenti, è possibile che i nuovi equilibri di mercato implicino, alla fine, un aumento dell'offerta complessiva dell'industria⁴². È importante osservare che, quando la concentrazione determina sinergie rilevanti e gli effetti unilaterali sono complessivamente proconcorrenziali, i concorrenti dell'impresa che si concentra vedono peggiorare la propria posizione: anche in questo caso quindi c'è una ambiguità intrinseca nella comunicazione tra l'autorità antitrust e i concorrenti delle imprese che si concentrano.

Una concentrazione può produrre anche effetti coordinati, che si assommano agli effetti unilaterali, quando comporta una modifica delle condizioni di mercato che influiscono sulla plausibilità di equilibri collusivi (taciti o espliciti). Un caso evidente è l'acquisizione di un'impresa *maverick*, cioè di un'impresa che prima della concentrazione perseguiva un comportamento non accomodante verso equilibri collusivi nell'industria. Più in generale, una concentrazione produce effetti coordinati quando modifica i fattori che facilitano il comportamento collusivo, analizzati nel paragrafo 3. Nel diritto antitrust europeo, gli effetti coordinati vengono colti attraverso la nozione di "posizione dominante collettiva" che, introdotta nell'articolo 82 del Trattato relativamente all'abuso, è stata utilizzata dalla Commissione per cogliere la portata pro-collusiva delle concentrazioni. È interessante osservare che, in questa prospettiva, assume rilievo non solo la collusione esplicita, ma anche la collusione tacita; un'autorità antitrust può così prevenire collusioni tacite quando interviene *ex-ante* per autorizzare o vietare una concentrazione mentre, quando applica il divieto di intesa, può prendere in consi-

⁴² Per un'analisi generale degli effetti unilaterali di una concentrazione in presenza di benefici di efficienza, si veda FARRELL J. - SHAPIRO C. (1990).

derazione comportamenti collusivi soltanto se sono il risultato di “artifici” delle imprese, ma non se riflettono equilibri spontanei nel mercato.

La Commissione europea ha fatto ripetuto ricorso alla nozione di “posizione dominante collettiva”, vietando concentrazioni che la creavano o la rafforzavano⁴³. Tuttavia, in un caso recente (*Airtours/First Choice*), una sentenza del Tribunale di 1° grado ha annullato la decisione e ha disciplinato in modo rigoroso le prove di fatto che devono essere prodotte dalla Commissione per concludere che una concentrazione crea o rafforza una “posizione dominante collettiva”, richiamando esplicitamente gli elementi essenziali della teoria del comportamento collusivo. La debolezza intrinseca della decisione *Airtours/First Choice* consisteva nel fatto che la Commissione, utilizzando la nozione di posizione dominante collettiva, aveva colto in prevalenza non tanto gli effetti coordinati in senso proprio, cioè i presupposti di una collusione tacita, quanto piuttosto gli effetti unilaterali di una concentrazione che comunque non dava luogo a una “posizione dominante” (singola) nel mercato. La severa sentenza del Tribunale di 1° grado, mettendo in luce questa intrinseca ambiguità, ha affrettato la modifica del Regolamento europeo con la quale alla fine la valutazione delle concentrazioni è stata affrancata dalla nozione di “posizione dominante”.

5.3 I rimedi

Le competenze tipiche del regolatore, che le autorità antitrust esercitano quando autorizzano o vietano una concentrazione, sono rafforzate dal potere che esse hanno di autorizzare concentrazioni potenzialmente restrittive, prescrivendo alle imprese rimedi correttivi che modifichino il piano iniziale nella misura necessaria a eliminare gli effetti anticoncorrenziali. La distinzione tradizionale è tra rimedi “strutturali” — che obbligano l'impresa

⁴³ Si vedano le decisioni *Kali Salz/MdK/Treuhand*, *Gencor/Lonrho* e, in particolare, *Airtours/First Choice*.

che si concentra a dismettere alcune attività, o a cederne in qualche misura il controllo — e rimedi “comportamentali” — con i quali si impongono all’impresa specifiche restrizioni delle strategie di mercato. Spesso, tuttavia, i rimedi assumono anche forme complesse, non solo consistendo in parte in rimedi strutturali e in parte in rimedi comportamentali, ma anche inglobando in una stessa prescrizione elementi dell’uno e dell’altro tipo. Rimedi strutturali e rimedi comportamentali presentano vantaggi e svantaggi relativi. In genere, i rimedi strutturali possono essere adottati in forma puntuale e che non richiedono un controllo successivo, esteso nel tempo. Al contempo, nel caso di dismissioni, l’acquirente deve essere individuato con molta attenzione, dovendosi, da un lato, trattare di un soggetto in grado di agire come un concorrente agguerrito e solido e, dall’altro, evitare che, con il trasferimento delle attività, si creino i presupposti per rapporti collusivi tra l’impresa che le dismette e l’impresa che le acquista. In questo ruolo, l’autorità antitrust è in genere svantaggiata per le sue asimmetrie informative nei confronti sia del venditore, sia dell’acquirente, i quali hanno di solito (soprattutto il venditore) un interesse diretto ed esplicito a che si produca un esito in contrasto con quello che l’autorità antitrust deve invece perseguire.

I rimedi comportamentali hanno, almeno in astratto, il vantaggio di potere essere disegnati in modo più sottile: ma proprio per questa ragione, esaltano competenze da regolatore che un’autorità antitrust è spesso poco attrezzata a svolgere (soprattutto quando il disegno dei rimedi richiede approfondite conoscenze specifiche del settore) e sono particolarmente onerosi (perché richiedono un monitoraggio delle misure adottate continuo nel tempo). Nonostante tali difficoltà, vi sono stati alcuni casi, concernenti in particolare concentrazioni nei settori a rete, nei quali i rimedi antitrust, disegnati combinando assieme elementi strutturali ed elementi comportamentali, hanno offerto un contributo importante ai processi di liberalizzazione, facendo leva sul controllo, e sulla messa a disposizione dei concorrenti, di *input* o infrastrutture essenziali.

6. - L'esperienza antitrust nell'economia italiana

Questo paragrafo contiene una riflessione sull'esperienza di applicazione del diritto antitrust in Italia nell'ultimo decennio, con particolare attenzione a due aspetti collegati. Nel paragrafo 6.1 vengono messi in evidenza alcuni aspetti salienti della struttura produttiva dell'economia italiana sui quali incide particolarmente l'insufficiente operare dei meccanismi concorrenziali. Nel paragrafo 6.2 vengono richiamate e commentate brevemente le decisioni dell'AGCM⁴⁴ di maggiore interesse, sia alla luce delle specificità strutturali dell'economia italiana, sia per il loro contributo di interpretazione in una materia in costante evoluzione quale è il diritto antitrust.

6.1 *La struttura produttiva dell'economia italiana e le condizioni di concorrenza nei diversi settori*

A partire dalla seconda metà degli anni Novanta, in concomitanza con il tumultuoso processo di allargamento degli scambi commerciali a livello mondiale, l'economia italiana ha attraversato un significativo rallentamento del proprio processo di crescita, che è stato interpretato da più parti come conseguenza di difficoltà strutturali ad adeguarsi al vasto mutamento in corso nella divisione internazionale del lavoro⁴⁵. Nella Relazione annuale relativa all'anno 2002 e presentata al Parlamento nel giugno del 2003, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato si è diffusamente interrogata sul ruolo dell'istituzione antitrust in tale contesto e sul suo possibile contributo nel ridurre o eliminare quelle difficoltà. A tal fine, la riflessione dell'AGCM ha assunto co-

⁴⁴ L'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) è l'autorità amministrativa indipendente istituita dalla legge n. 287 del 1990 che ha introdotto il diritto della concorrenza nell'ordinamento nazionale italiano.

⁴⁵ Si veda la vasta letteratura sui possibili rischi di "declino" dell'economia italiana; in particolare, oltre ai vari contributi apparsi sulla rivista *il Mulino* tra il 2003 e il 2006, si rinvia ai lavori di NARDOZZI G. (2004); ONIDA F. (2004); FAINI R. - GAGLIARDUCCI S. (2005); ROSSI S. (2006); COSTI R. - MESSORI M. (2005); GALLO R. - SILVA F. (2006).

me riferimento un tipico modello di sviluppo *export-led*, incorporandovi una consolidata rappresentazione dualistica della struttura dell'economia italiana nella quale la parte del sistema produttivo aperta alla concorrenza internazionale si contrappone alla parte che ne risulta invece ampiamente protetta⁴⁶.

Nonostante l'Italia abbia un peso rilevante nell'interscambio mondiale, la vocazione internazionale dell'economia italiana è limitata a una parte relativamente piccola del suo sistema produttivo. Oltre due terzi delle esportazioni italiane sono infatti concentrate in alcuni settori manifatturieri (meccanica, tessile e abbigliamento, mobilio, minerali non metalliferi, calzature, industria alimentare, chimica, metallurgia, mezzi di trasporto e carta) che complessivamente contribuiscono alla formazione di meno di un quinto del valore aggiunto dell'intera economia. Il resto delle attività produttive (che include il settore dell'energia e la maggior parte dei servizi e che contribuisce a più dell'80% del valore aggiunto) presenta un basso grado di penetrazione nei mercati internazionali e, in generale, un interscambio con forti disavanzi strutturali. Poiché il modello di sviluppo dell'economia italiana, almeno a partire dagli anni Settanta, ha fatto affidamento pressoché esclusivo sul ruolo propulsivo delle esportazioni, questa struttura dualistica dell'economia si presta bene ad essere rappresentata attraverso l'immagine di un fronte, ben delimitato ma agguerrito, costituito dai settori aperti alla concorrenza internazionale e di una vasta retrovia cui spetta il compito di sostenerli. Mentre però l'industria esportatrice attinge dal contesto concorrenziale dei mercati internazionali gli stimoli a muoversi costantemente in un sentiero di innovazione di prodotto e di processo, i settori economici della retrovia possono fare leva solo sulle forze interne per trovare stimoli analoghi.

Dei settori protetti dalla concorrenza internazionale, quelli che forniscono servizi destinati prevalentemente al consumo finale contribuiscono a circa il 50% del valore aggiunto dell'intera economia. I restanti settori (che contribuiscono a circa il 30%

⁴⁶ L'esposizione analitica del modello dell'AGCM è contenuta nel lavoro di ALLEGRA E. - FORNI M. - GRILLO M. - MAGNANI L. (2004).

del valore aggiunto totale) offrono beni e servizi che sono prevalentemente utilizzati come *input* intermedi nei diversi processi produttivi. L'analisi dell'AGCM si è focalizzata su questo sottoinsieme di settori, per mettere in evidenza che proprio su di esso si è concentrata, a partire dalla seconda metà degli anni Novanta, la maggior parte (oltre il 60%) degli interventi antitrust, interessando prevalentemente l'energia e il gas, i trasporti, le comunicazioni, il commercio, i servizi finanziari e assicurativi e i servizi professionali. In altri termini, i settori nei quali prevalgono insufficienti condizioni di concorrenza, pur essendo poco esposti alla concorrenza internazionale, incidono comunque significativamente sui settori esportatori, attraverso le interdipendenze che connettono il tessuto produttivo dell'intero sistema economico.

Studiando tali interdipendenze in base alla rappresentazione offerta dalle tavole *input-output* (cioè, tecnicamente, utilizzando la matrice "inversa di Leontieff"), l'analisi dell'AGCM metteva in luce, per il periodo successivo al 1995, una significativa correlazione inversa tra la performance dei singoli settori esportatori e il grado di dipendenza di ciascuno di essi, per la fornitura di input intermedi, dal gruppo dei settori protetti sui quali si è prevalentemente concentrata l'attività antitrust. Più specificamente, i settori esportatori strutturalmente più "dipendenti" dal nucleo dei settori protetti hanno mostrato, dopo il 1995, tassi di crescita del valore aggiunto più bassi di quelli dei settori esportatori meno "dipendenti"; inoltre, il saldo commerciale dei primi passa complessivamente da un sostanziale pareggio a un evidente disavanzo, mentre la più gran parte dei secondi presentano, nel periodo, avanzzi commerciali significativi e crescenti⁴⁷. Le insufficienti condizioni di concorrenza dei settori protetti si rivelano essere, in conclusione, una variabile rilevante nella spiegazione delle debolezze dell'economia italiana nel far fronte alla riorganizzazione della divisione mondiale del lavoro.

⁴⁷ Il 1995 è un anno significativo perché è quello nel quale viene stabilita la partecipazione dell'Italia al Sistema Monetario Europeo, il che comporta l'abbandono definitivo del ricorso alle sistematiche politiche di svalutazione della lira con le quali si era ripetutamente cercato di offrire temporaneo ristoro ai settori esportatori.

In questo quadro, assume particolare interesse un'analisi delle difficoltà specifiche dell'operare dei meccanismi concorrenziali in ciascuno di tali settori. Può allora osservarsi che il gruppo complessivo dei settori protetti sui quali si è prevalentemente concentrata l'attività antitrust può essere essenzialmente distinto in due sottogruppi. Da un lato, vi sono i settori a rete delle *Public Utilities*, cioè dell'energia elettrica, del gas, dei trasporti e delle comunicazioni. Questi settori, storicamente caratterizzati dalla presenza di monopoli istituzionali, sono stati interessati, a partire dalla seconda metà degli anni Novanta, da processi di liberalizzazione sollecitati dalla Commissione europea. Tuttavia tali processi rimangono ad oggi ancora incompiuti e gli originari monopolisti pubblici continuano a mantenere (sia pure con intensità decrescente nel tempo) un significativo potere di mercato. La preoccupazione anticoncorrenziale tipica in questi settori è pertanto l'abuso di potere di mercato, che viene prevalentemente esercitato sfruttando la disponibilità e l'utilizzo della infrastruttura essenziale rappresentata dalla rete.

Dall'altro lato, vi sono invece i settori dei servizi finanziari e assicurativi, dei servizi professionali e del commercio. Questi presentano una struttura produttiva molto differente da quella del primo gruppo e caratterizzata in genere dalla presenza di un numero elevato di imprese. In questo secondo gruppo, la preoccupazione anticoncorrenziale attiene non all'abuso, ma piuttosto alla collusione: un esito di mercato che, data la struttura "dispersa" di queste industrie, coinvolge spesso meccanismi sofisticati di organizzazione e coordinamento oligopolistico. Vi sono almeno due ragioni per le quali questo secondo gruppo di settori assume un rilievo particolare per un'analisi antitrust applicata all'economia italiana. In primo luogo, perché essi mettono particolarmente in evidenza quanto vaste e diffuse siano le forme di organizzazione dell'attività economica fondate sul corporativismo, cioè su modelli — spesso sostenuti da leggi e regolamenti pubblici — nei quali, con ricadute non desiderabili dal punto di vista del benessere dell'intera società, viene privilegiata la composizione e la rappresentazione dell'interesse collettivo dei produttori di uno stesso bene e servizio, e pertanto la loro cooperazione, piuttosto che

il confronto concorrenziale tra di essi. In secondo luogo, perché questi settori rappresentano una sfida per il tradizionale modello strutturalista antitrust, che si rivela particolarmente inadeguato a far fronte agli ostacoli all'operare del meccanismo concorrenziale nel caso di strutture industriali disperse; sia con riguardo alle modalità con le quali le imprese riescono a porre in atto comportamenti collusivi, sia con riguardo alla capacità di suggerire risposte appropriate di *policy* e di interpretazione del diritto antitrust.

6.2 *L'applicazione del diritto antitrust nell'esperienza italiana*

6.2.1 Le intese orizzontali

Nell'esperienza antitrust italiana, anche nei casi di coordinamento esplicito su variabili strategiche, gli accordi orizzontali tra le imprese non hanno avuto in genere le caratteristiche di un cartello *hard-core*, cioè non hanno avuto come oggetto il prezzo, o le quantità da produrre o l'assegnazione di quote di mercato, ma altre strategie più indirette, benché comunque sensibili dal punto di vista concorrenziale. Per esempio, nei casi *Rai-Mediaset-R.T.I.-Mediatrade* e *Rai-Cecchi Gori Communications* gli accordi — rispettivamente, tra *Rai* e *Mediaset* e tra *Rai*, *Cecchi Gori Communications* e *R.T.I.* — avevano come oggetto l'acquisto e la ripartizione di *input* scarsi con valenza strategica, come i diritti televisivi per eventi sportivi di richiamo. Nel caso *Byk Gulden Italia-Istituto Gentili*, l'accordo riguardava invece la commercializzazione (in *comarketing* tra imprese farmaceutiche concorrenti) di specialità medicinali merceologicamente identiche. Ancora, nel caso *Otis-Kone Italia-Schindler*, le imprese avevano concordato condizioni generali di contratto uniformi per la fornitura e il montaggio di ascensori. Un caso notevole di cartello *hard-core* è stato invece *Tim-Omnitel Tariffe Fisso Mobile*, nel quale le due imprese di telefonia mobile avevano stabilito di comune accordo le tariffe relative alle chiamate da telefono fisso a cellulare. Aiuta forse a spiegare la circostanza inconsueta di un accordo esplicito di prezzo,

cioè di un cartello in senso proprio, il fatto che l'accordo venne stipulato concitatamente in un contesto nel quale l'industria stava per essere interessata da un repentino cambiamento dell'assetto di mercato, a causa di una imminente modifica del quadro di regolazione.

Un secondo contesto nel quale l'AGCM è intervenuta frequentemente per sanzionare comportamenti collusivi sono le gare pubbliche. Le intese hanno riguardato sia comportamenti che miravano a scoraggiare l'ente appaltante dal ricorrere alla gara (nei casi in cui le imprese si sono accordate per mandare le gare deserte) sia il coordinamento diretto delle modalità di partecipazione in gara. Entrambi questi profili sono presenti nel caso *Test diagnostici per diabeti*. Un meccanismo sofisticato di coordinamento della partecipazione alla gara è emerso dall'istruttoria del caso *Pellegrini/Consip*: in una gara che riguardava la fornitura alla Pubblica Amministrazione dei servizi sostitutivi di mensa tramite buoni pasto, la maggior parte delle imprese avevano congiuntamente elaborato un disegno in grado di eliminare le due imprese concorrenti che non partecipavano all'intesa e di garantire che ciascuna di quelle che invece vi partecipavano si sarebbe aggiudicata almeno un lotto. Tale disegno investiva contemporaneamente le modalità di formazione di "raggruppamenti temporanei di impresa" (ammessi dal bando di gara) in ciascuno dei lotti e la formulazione di offerte intenzionalmente destinate a risultare perdenti nei singoli lotti. L'istruttoria dell'AGCM non fu in grado di fornire prova dell'accordo in senso stretto. Ciononostante, fu trovata sufficiente evidenza del fatto che le imprese partecipanti all'intesa disponevano, prima della presentazione delle offerte, di simulazioni identiche che sostanzialmente anticipavano i risultati della gara — con l'eccezione delle offerte delle due concorrenti estranee all'intesa, ma che il disegno collusivo riusciva a rendere in ogni caso irrilevanti. Nel caso *Federazioni Regionali Ordini Architetti e Ingegneri del Veneto*, i due ordini e le relative associazioni professionali avevano diffidato i professionisti iscritti dal partecipare alle gare bandite da quelle Amministrazioni locali che si rifiutavano di recepire una delibera della Regione Veneto con la quale veniva attenuata

la diminuzione delle tariffe, che è obbligatoria per legge nei casi di appalti pubblici.

L'intesa collusiva realizzata per il tramite di organizzazioni di settore oppure di ordini professionali rappresenta una fattispecie diffusa e particolarmente rilevante nell'esperienza antitrust italiana (si vedano i casi *Farindustria/Codice di autoregolamentazione*, *Consigli nazionali dei ragionieri e periti commerciali e dei dottori commercialisti*, *Assirevi/Società di revisione*, *Inaz Pagine/Associazione nazionale consulenti del lavoro*, *Ordine dei medici chirurghi e odontoiatri*). Vi sono due aspetti interrelati in questa fattispecie: il primo è che si tratta di accordi in settori caratterizzati dalla presenza di un numero elevato di imprese; il secondo, che è legato al primo in quanto mira a superare le difficoltà del coordinamento collusivo negli oligopoli dispersi, è che questi accordi sono spesso sanciti, o anche solo facilitati, da provvedimenti normativi. La protezione normativa è, in particolare, la circostanza normale quando i comportamenti collusivi vengono coordinati non da semplici associazioni, ma da ordini professionali. La principale difficoltà antitrust in queste circostanze è che il diritto della concorrenza può regolare i comportamenti degli operatori economici privati, ma non il comportamento dei legislatori.

Nel diritto antitrust statunitense, per tener conto di comportamenti collusivi che possono annidarsi facilmente tra le pieghe delle leggi e dei regolamenti, è stata sviluppata la cosiddetta "Antitrust State Action doctrine". Tale dottrina riconosce, da un lato, un'immunità antitrust ai comportamenti anticoncorrenziali delle imprese che sono protetti da una norma; ma, dall'altro, richiede che, ai fini dell'immunità, vengano verificate attentamente due condizioni: *i*) che la norma articoli dettagliatamente, indicandola esplicitamente come misura di politica pubblica, il comportamento anticoncorrenziale protetto; *ii*) che le decisioni dei soggetti economici privati, dalle quali conseguono gli esiti anticoncorrenziali, siano assoggettate a un'attiva supervisione da parte dell'autorità di governo. Ciò significa che, nel diritto antitrust statunitense, se le imprese agiscono al di fuori di un perimetro rigidamente fissato o comunque l'agenzia pubblica si limita esclusi-

vamente a vidimare senza successivo controllo il loro comportamento, quest'ultimo resta pienamente assoggettabile alla verifica antitrust.

Il diritto europeo segue un approccio sensibilmente diverso, che insiste sulla portata "costituzionale" delle norme antitrust le quali, in Europa, sono appunto contenute nel Trattato che ha istituito l'Unione. Un provvedimento emanato da uno Stato membro, che dà norma a un comportamento anticoncorrenziale vietato dall'articolo 81 o dall'articolo 82 del Trattato di Roma, (per esempio, prescrivendo alle imprese di porre in atto un'intesa) risulta direttamente in contrasto con lo stesso Trattato, in quanto specificamente lesivo dell'articolo 10, che impone agli Stati di astenersi "da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del ... Trattato", e dell'articolo 3, che include appunto, tra tali scopi, quello di "garantire che la concorrenza non sia falsata". Dalla combinazione dell'articolo 10, dell'articolo 3 e degli articoli 81 e 82 discende pertanto, per lo Stato membro, l'obbligo di "disapplicare" ogni norma di diritto interno che prescrive comportamenti anticoncorrenziali. In altri termini, a differenza che negli Stati Uniti, il controllo antitrust viene spostato in Europa dal comportamento delle imprese alla norma la quale, da un lato, esenta da ogni responsabilità la condotta dei soggetti privati ma, dall'altro, deve essere disapplicata quando è in contrasto con il Trattato Europeo.

La possibilità di comportamenti anticoncorrenziali protetti da provvedimenti normativi è di particolare rilevanza perché investe meccanismi istituzionali, diffusi in molti paesi dell'Europa e, in particolare, in Italia, sui quali si regge tipicamente il coordinamento collusivo tra un numero elevato di imprese in settori strutturalmente "dispersi". Le modalità con cui il diritto antitrust europeo tratta questi casi presentano al contempo limiti e potenzialità. Il limite principale è che nemmeno la portata costituzionale delle norme antitrust può impedire a una legge o a un regolamento di uno Stato membro di produrre direttamente un determinato effetto anticoncorrenziale: per esempio, non possono essere valutate ai sensi del diritto della concorrenza le tariffe degli ordini professionali, che in Italia sono fissate da un

decreto ministeriale. È vero che lo stesso limite vale nel sistema antitrust statunitense; tuttavia, negli Stati Uniti, l'autorità di governo è obbligata a un'attiva supervisione degli eventuali effetti anticoncorrenziali qualora non espressamente voluti dalla stessa norma; in Europa, invece, non è prescritto lo stesso standard di rigore sostanziale e i comportamenti che sono comunque formalmente in ossequio a una preventiva prescrizione, o una successiva approvazione, risultano immuni dall'applicazione del diritto della concorrenza⁴⁸. Un esempio di ciò è stato offerto, in Italia, dal caso *Consigli Nazionali dei ragionieri e periti commerciali e dei dottori commercialisti*. Le due associazioni professionali si erano accordate per fissare dettagliatamente e in misura identica le rispettive tariffe, nonostante la legge preveda che ciascuna associazione può soltanto essere consultata, e in merito alla propria tariffa, dal Ministero, che ha poi la competenza per determinarle. Su queste premesse, l'Autorità italiana della concorrenza aveva condannato l'intesa. Il TAR del Lazio ha invece rigettato questa decisione, affermando che, nonostante vi fossero evidenti diversità tra i comportamenti previsti dalla legge e quelli attuati in concreto dalle due associazioni professionali, la successiva approvazione da parte del Ministero escludeva che la condotta delle associazioni potesse essere assoggettata a verifica antitrust.

Le potenzialità del diritto antitrust europeo nel caso di comportamenti anticoncorrenziali protetti da norme stanno nel fatto che una norma di uno Stato membro, che impone direttamente o facilita intese o abusi di posizione dominante, non solo può, ma deve essere direttamente disattivata dai giudici nazionali e da qualsiasi amministrazione dello Stato membro (e quindi anche dalla autorità antitrust). Questo principio è stato esplicitamente affermato dalla Corte europea di Giustizia che ha confermato la decisione *Consortio Italiano Fiammiferi*, con la quale l'AGCM aveva condannato un'intesa per la ripartizione delle quote di mer-

⁴⁸ La stessa Corte europea di Giustizia, nella decisione *Arduino*, relativa alle tariffe professionali degli avvocati in Italia, ha negato che potesse essere attribuita rilevanza ai comportamenti degli ordini professionali che avevano preceduto o seguito la determinazione delle tariffe da parte del competente Ministero.

cato tra i produttori di fiammiferi, disattivando una legge italiana che obbligava le imprese a consorzarsi per attuare tale ripartizione.

In alcuni casi (*Associazione Vendomusica/Case Discografiche Multinazionali-Federazione Industria Musicale Italiana; Produttori di vetro cavo; Byk Gulden Italia-Farmades-Nycomed Amersham Sorin-Schering*), l'autorità antitrust italiana ha condannato intese tra imprese provando l'esistenza di una fattispecie di pratica concertata, cioè conducendo un procedimento indiziario nel quale la prova si regge sulla combinazione di una evidenza economica di equilibri collusivi nel mercato e di una evidenza documentale di coordinamento esplicito (per esempio nella forma di scambi di informazione, o di coordinamento delle attività commerciali e promozionali, oppure, ancora, con riferimento all'ultimo dei casi citati, di determinazione di uno stesso prezzo base per una componente comune).

Un contributo innovativo dell'autorità italiana all'interpretazione del diritto antitrust delle intese orizzontali riguarda la valutazione delle "pratiche facilitanti" che sono state esplicitamente trattate in quattro casi. Il primo di questi casi, *Accordi per la fornitura di carburanti*, ha coinvolto, sia pure in chiave strumentale, una fattispecie tipica di intesa verticale (la fissazione di prezzi al dettaglio, o *resale price maintenance*) e per questa ragione sarà illustrato diffusamente nel paragrafo 6.2.2. Una decisione che ha suscitato molto dibattito è *RC Auto*, relativa a un accordo in merito a un dettagliato scambio di informazioni. Le imprese attive nell'assicurazione per la responsabilità civile degli autoveicoli scambiavano tra di loro sia dati aggregati, in qualità e quantità che andavano oltre i limiti dell'esenzione settoriale garantita da un apposito regolamento europeo, sia soprattutto dati individuali che concernevano essenzialmente i premi correnti fissati dalle singole imprese per un numero elevatissimo di rischi. I diversi rischi erano stati classificati secondo nove dimensioni (massimo valore assicurato, tipo dell'autovettura, anno di immatricolazione dell'autovettura, precedenti incidenti, residenza, sesso, età, esperienza di guida e professione dell'assicurato), ciascuna delle quali poteva assumere un numero molto

variabile, da due a oltre cento, di possibili valori: ne risultava una disaggregazione amplissima dei rischi, rappresentata da una matrice a nove dimensioni che conteneva oltre tre mila miliardi di caselle (cosicché per la più grande maggioranza i rischi classificati risultavano essere puramente ipotetici). Lo scambio di informazioni era organizzato nel modo seguente. Ciascuna impresa comunicava un premio base, congiuntamente a nove vettori di fattori di correzione per ciascuna della nove dimensioni di rischio. Un'impresa professionale riceveva l'informazione e, dopo avere omogeneizzato i dati se ciò era necessario, distribuiva l'insieme delle informazioni raccolte a tutte le altre imprese aderenti all'accordo. La frequenza con cui i dati venivano raccolti e trasmessi aveva mostrato, nel corso dell'intesa, un andamento accelerato nel tempo, che si era accompagnato a una frequenza anch'essa accelerata delle revisioni dei premi verso l'alto da parte della stragrande maggioranza delle imprese. Lo scambio di informazioni relativo a variabili strategiche (come i premi assicurativi) a livello individuale, con frequenza ravvicinata e con modalità che rendeva l'informazione accessibile ai soli produttori, è stato valutato dall'autorità antitrust italiana come una pratica facilitante e condannato in quanto intesa avente un oggetto restrittivo della concorrenza.

Vi sono due aspetti rilevanti rispetto ai quali la decisione *RC Auto* approfondisce, rispetto al precedente europeo *UK Tractors*, la valutazione antitrust di un'intesa per lo scambio di informazioni tra produttori. Con riferimento al primo aspetto, la decisione *RC Auto* chiarisce esplicitamente che, ai fini della valenza anticoncorrenziale, non ha alcuna rilevanza la circostanza che i dati scambiati siano dati privati. Nella vicenda, lo scambio riguardava infatti i prezzi, che sono un dato intrinsecamente pubblico. Il prezzo è però la principale variabile strategica e, come chiarisce la teoria della collusione in oligopolio, la conoscenza comune delle strategie dei concorrenti potenzia la capacità di risposte ritorsive contro eventuali strategie di deviazione dal comportamento collusivo, disincentivando ciascuna impresa dal perseguirle e rendendo così stabili gli equilibri di collusione. L'aspetto rilevante non è pertanto la natura, pubblica o privata, dell'informazione

scambiata ma il vantaggio che lo scambio di informazioni arreca riducendo i costi e i tempi altrimenti necessari per l'osservazione delle strategie dei concorrenti. Sotto questo aspetto, la valutazione della portata anticoncorrenziale dello scambio di informazioni nel caso *RC Auto* è in linea con i criteri interpretativi che sono stati suggeriti dall'analisi economica a seguito della decisione *UK Tractors*⁴⁹. Gli argomenti sulla irrilevanza della natura pubblica dei dati scambiati e la rilevanza, piuttosto, dei costi e dei tempi necessari per la loro acquisizione in assenza di uno scambio di informazioni tra le imprese, sono stati ripresi dall'AGCM nella decisione *IAMA*.

Il secondo aspetto riguarda la relazione tra la portata collusiva dello scambio di informazioni in quanto pratica facilitante e la struttura del mercato. Nella decisione *UK Tractors*, la Commissione europea aveva considerato la circostanza che il mercato inglese dei trattori era molto concentrato come un elemento che accresceva la valenza collusiva dell'intesa; nel fare ciò, la Commissione aveva implicitamente esteso alla valutazione di una pratica facilitante i criteri tipici della valutazione indiziaria delle pratiche concertate⁵⁰. La Corte europea di giustizia aveva poi confermato questa valutazione. Appoggiandosi così alla giurisprudenza della Corte di giustizia, nel caso *RC Auto*, le imprese si erano opposte alla valutazione dello scambio di informazione come intesa anticoncorrenziale, argomentando che, diversamente dal caso *UK Tractors*, l'industria delle assicurazioni auto è un'industria dispersa e che un ampio numero di imprese (specificamente quarantaquattro) aveva partecipato allo scambio di informazioni. L'autorità antitrust italiana sostenne, al contrario, che lo scambio di informazioni aveva un oggetto anticoncorrenziale proprio per la sua natura facilitante, cioè perché, riducendo a parità di ogni altra condizione l'incentivo alla deviazione, rendeva

⁴⁹ Si veda il lavoro di sistemazione della materia predisposto da KÜHN K. (2001).

⁵⁰ Lo stesso approccio fu successivamente ribadito nella decisione relativa a un altro caso di scambio di informazioni, *Wirtschaftsvereinigung Stahl* (1998). In quella decisione, la Commissione affermò esplicitamente che «... the assessment of the exchange is directly linked with the degree of concentration of the market ...».

possibile un equilibrio collusivo anche in industrie strutturalmente disperse⁵¹.

Configura infine una pratica facilitante anche il caso *Associazione Bancaria Italiana* relativo alla decisione di una associazione di imprese (ABI) che, nel predisporre contratti *standard* da proporre alle banche associate, aveva introdotto alcune clausole che regolavano, tra le altre cose: (i) il cosiddetto *ius variandi*, ossia il diritto delle banche di modificare unilateralmente le condizioni economiche dei contratti con i propri clienti; e (ii) i conflitti di interesse nell'offerta di servizi di gestione patrimoniale. Entrambe le clausole furono valutate come pratiche facilitanti, in quanto le modalità introdotte avevano l'effetto di fare crescere artificialmente i *switching cost* per i clienti delle banche (esaltando, nel rapporto banca-cliente, l'aspetto fiduciario) e riducevano di conseguenza l'incentivo per ciascuna banca a perseguire strategie concorrenziali.

6.2.2 Le intese verticali

In questo paragrafo mi concentro su due decisioni dell'autorità antitrust italiana relative a intese verticali. La prima è la decisione *Sagit*, nella quale è stato possibile applicare uno standard giuridico rigoroso, derivato dall'analisi post-Chicago, per la valutazione anticoncorrenziale dei contratti di esclusiva. Oggetto dell'analisi dell'AGCM sono stati i contratti di esclusiva che *Sagit* aveva stipulato con i propri punti vendita, al fine di verificare se essi identificassero un comportamento abusivo della posizione dominante, con intenti ed effetti escludenti. *Sagit*, oltre a negare di avere una posizione dominante nel mercato, aveva giustificato il ricorso a tali contratti in base a ragioni di efficienza, utilizzando argomenti standard suggeriti dalla critica di Chicago. L'autorità italiana della concorrenza ha ritenuto tuttavia non necessario entrare direttamente nel-

⁵¹ Nei termini del modello teorico esposto sinteticamente nel paragrafo 3, uno scambio di informazioni facilita la collusione perché permette di contrastare la tendenza alla diminuzione del valore del tasso di sconto critico all'aumentare del numero delle imprese.

la valutazione delle ragioni di efficienza addotte da Sagit ma, sulla base dei risultati istruttori, ha applicato al caso i contributi analitici offerti da Rasmussen, Ramseyer and Wiley (1991) e da Segal and Whinston (2000), concludendo che i contratti di esclusiva proposti da Sagit non fossero restrittivi della concorrenza. L'istruttoria aveva infatti evidenziato che, da un lato, Sagit aveva fatto sottoscrivere contratti di esclusiva soltanto a un sottoinsieme dei propri punti vendita (tra l'altro, una strategia analoga veniva perseguita da tutti i principali operatori del mercato, concorrenti di Sagit); e che, d'altro lato, il mercato lasciato libero dai vincoli di esclusiva era equivalente a una quota più grande del doppio delle quote di mercato del secondo e del terzo operatore. Non era possibile pertanto concludere che i contratti di esclusiva parziale nell'industria dei gelati industriali, considerati sia come specifica strategia di Sagit, sia come politica commerciale dell'intero settore, avessero una portata escludente.

La seconda decisione è relativa al caso *Accordi per la fornitura di carburanti*, nel quale il ricorso concordato tra tutti i produttori di carburanti ad accordi verticali che implicavano nei fatti l'imposizione di prezzi di rivendita ai propri distributori è stato condannato dall'autorità antitrust italiana come un'intesa collusiva orizzontale nella quale gli accordi verticali sono stati interpretati come pratica facilitante. In Italia, un regolamento consentiva ai produttori di carburanti di "suggerire" un prezzo ai propri distributori, i quali tuttavia restavano liberi di adeguarvisi. In tali circostanze un'intesa tra i produttori aveva previsto che ciascuno di essi stipulasse accordi verticali con i propri distributori, in base ai quali: (i) il prezzo di trasferimento del carburante al dettagliante doveva essere determinato sulla base di uno sconto sul prezzo suggerito; (ii) l'ammontare dello sconto doveva variare tra i diversi impianti di distribuzione in misura inversamente correlata con la quantità di carburante venduto da ciascuno di essi. L'intesa tra i produttori non prevedeva la determinazione concertata dei prezzi suggeriti, né quella dello sconto o del vettore dei diversi valori di quest'ultimo. L'intesa aveva come oggetto soltanto la regola generale che lo sconto doveva essere inversamente correlato con la quantità di carburante venduto da ciascuna sta-

zione di distribuzione. Tuttavia, poiché lo sconto sul prezzo consigliato si sarebbe ridotto qualora, a seguito di una riduzione del prezzo, il singolo impianto avesse visto accrescere le proprie vendite, non era razionale per nessun dettagliante allontanarsi del prezzo suggerito, riducendolo per aumentare le vendite. Gli accordi verticali con i distributori si risolvevano pertanto in una pratica facilitante in quanto inducevano i dettaglianti di uno stesso produttore a praticare tutti lo stesso prezzo (quello suggerito) e, a sua volta, l'uniformità dei prezzi al dettaglio facilitava l'osservazione da parte di ciascun produttore di strategie di deviazione da una eventuale strategia collusiva. Questa valutazione, svolta dall'AGCM nella sua decisione, presenta notevoli punti di contatto con l'analisi di Jullien and Rey (2001) che dimostrano, inoltre, come l'imposizione di prezzi di rivendita comporti sempre una riduzione del benessere sociale in tutte le circostanze nelle quali le imprese hanno un incentivo ad adottarla⁵².

6.2.3 L'abuso di potere di mercato

Nella storia dell'antitrust italiano vi è un caso (*Veraldi/Alitalia*) in cui l'AGCM ha tentato di applicare la fattispecie di abuso di sfruttamento, esplicitamente contemplata alla lettera a) dell'articolo 3 della legge italiana che riproduce l'articolo 82 del Trattato di Roma. La vicenda ha riguardato le tariffe dei voli Alitalia che collegavano Lamezia Terme con Roma e con Milano e che erano sistematicamente più elevate delle tariffe applicate sulle rotte (ad evidenza più lunghe) che collegavano con Roma e con Milano l'aeroporto di Reggio Calabria. Dopo aver ricevuto ripetute segnalazioni in merito, l'autorità italiana avviò un procedimento

⁵² La decisione dell'AGCM è stata sostanzialmente confermata dal TAR. Il Consiglio di Stato, invece, ha poi accolto l'appello delle imprese contro la decisione del TAR, annullando la decisione dell'AGCM. L'annullamento tuttavia fu basato su aspetti procedurali (le imprese avevano notificato la loro intenzione dell'accordo all'autorità antitrust che non aveva però avviato tempestivamente una istruttoria, così determinando nelle imprese un affidamento legittimo) mentre, nella prospettiva di questo lavoro, può rilevare che anche il Consiglio di Stato, in un veloce passaggio della sentenza, afferma esplicitamente che il "comportamento parallelo" dei produttori aveva un "oggetto anticoncorrenziale".

che si risolse tuttavia in un sostanziale fallimento. L'istruttoria rivelò infatti, da un lato, tutte le difficoltà di utilizzare la nozione di prezzo "ingiustificatamente gravoso" nell'ambito di un'analisi concorrenziale; e, dall'altro, l'impossibilità pratica, per una agenzia pubblica che non ha le competenze di un regolatore di settore, di definire il "costo di produzione" che un'impresa sopporta quando offre un bene o un servizio (giacché solo riuscendo a riportare il prezzo al costo di produzione è possibile valutarne l'eventuale "gravosità")⁵³.

In tutti gli altri casi, gli abusi valutati dall'AGCM hanno avuto carattere di esclusione, sia con riferimento allo stesso mercato, sia con riferimento a mercati verticalmente collegati; mentre non ci sono state, almeno in Italia, decisioni in merito a comportamenti abusivi su mercati adiacenti.

Considerando, innanzi tutto, i comportamenti escludenti sullo stesso mercato, la decisione *Diano/Tourist/Caronte/NGI* ha riguardato un caso tipico di prezzi predatori. Nel 1998 Diano, una piccola impresa di trasporti marittimi, aveva avviato una linea di traghetti sulla rotta Messina-Reggio Calabria. Il servizio, che precedentemente non veniva fornito da alcuna impresa, entrava in concorrenza con la rotta contigua Messina-Villa San Giovanni. Su questa rotta operavano in duopolio Ferrovie dello Stato (adesso Trenitalia) e Caronte e, per la mancanza di ulteriori approdi, non c'era tecnicamente la possibilità di ingresso per un terzo concorrente. Nonostante la rotta Messina-Reggio Calabria fosse più lunga, Diano riuscì a praticare prezzi significativamente più bassi rispetto alla rotta concorrente. Quando Caronte entrò sulla rotta Messina-Reggio Calabria, fissando prezzi ulteriormente inferiori rispetto a quelli praticati da Diano, quest'ultima ne segnalò il comportamento come possibile abuso, attuato attraverso la fissazione di prezzi predatori. Tale valutazione venne confermata

⁵³ La difficoltà teorica inerente al tentativo di definire il "costo di produzione" è ben espressa dal punto di vista di VON HAYEK F. (1976). Partendo dall'osservazione che, in ogni società, l'informazione rilevante per definire l'efficiente divisione del lavoro è dispersa tra i diversi soggetti sociali, von Hayek concludeva che la concorrenza è l'unico meccanismo che, solamente attraverso la pratica realizzazione dei suoi effetti, può essere in grado di portare a conoscenza dell'intera società l'informazione sul costo di produzione di ogni bene o servizio.

dalla decisione dell'AGCM, la cui istruttoria dimostrò che i ricavi di Caronte sulla rotta Messina-Reggio Calabria non coprivano i costi incrementali di lungo periodo. Durante la fase istruttoria Caronte aveva condiviso la scelta che l'analisi venisse svolta seguendo il criterio dei costi incrementali di lungo periodo; sostenendo tuttavia che non avrebbero dovuto essere inclusi in tali costi incrementali, tra altre cose, i salari e gli stipendi di alcuni lavoratori che Caronte impiegava sulla nuova rotta, dopo averli distratti dalla rotta Messina-Villa San Giovanni. L'argomento di Caronte era che quei lavoratori risultavano impiegati in eccesso sulla rotta Messina-Villa San Giovanni e che avrebbero dovuto essere pagati comunque poiché, per un accordo sindacale, non avrebbero potuto essere licenziati. Di conseguenza, la decisione di trasferire i lavoratori sulla nuova rotta doveva essere interpretata come una scelta efficiente, escludendo che la strategia di prezzo di Caronte costituisse abuso. Nella decisione, l'AGCM sostenne invece che l'impiego in eccesso (e quindi inefficiente) di forza lavoro sulla rotta Messina-Villa San Giovanni poteva essere spiegato solo a causa della posizione monopolistica di cui Caronte godeva su quella rotta e che quindi la struttura dei costi di Caronte su quella rotta — poiché includeva una rendita monopolistica — non poteva essere utilizzata come base per il calcolo dei costi incrementali. I costi incrementali di lungo periodo, al di sotto dei quali una strategia di prezzo deve essere considerata predatoria, devono essere invece calcolati a partire da una struttura dei costi efficiente, la sola che un'impresa può sopportare in condizioni concorrenziali.

Ancora con riferimento a comportamenti escludenti sullo stesso mercato attraverso strategie di prezzo, nel caso *AIIP/Telecom Italia*, l'AGCM ha condannato come abuso di posizione dominante le tariffe praticate da Telecom Italia per l'offerta di servizi di interconnessione a Internet. L'istruttoria rivelò infatti che tali tariffe erano sottocosto (quindi predatorie nei confronti dei *provider* indipendenti) e che Telecom poteva sussidiarle soltanto grazie ai ricavi percepiti nell'offerta degli altri servizi offerti in monopolio.

L'AGCM ha attribuito un carattere abusivo assimilabile ai

prezzi predatori anche ad alcune politiche di sconti o altre politiche commerciali fidelizzanti, come nel caso *Assoviaggi/Alitalia e Aeroporti di Roma/Tariffe Groundhandling*. Più complessa è stata invece la valutazione degli sconti offerti da Coca-Cola ai propri grossisti, nella decisione *Pepsico Foods and Beverages International-IBG Sud/Coca Cola Italia*. Per quanto, infatti, gli sconti non si caratterizzassero sempre esplicitamente come “sconti fedeltà”, l’istruttoria mise in luce l’esistenza di una strategia complessivamente fidelizzante, che includeva la sottoscrizione di contratti di esclusiva e altre modalità che regolavano la fornitura dei prodotti Coca-Cola ai supermercati, con l’obiettivo di estromettere il concorrente Pepsi-Cola dal mercato italiano. Con riferimento agli sconti, l’istruttoria appurò in particolare che, a parità di fatturato, venivano riconosciuti sconti più elevati ai grossisti che inizialmente trattavano anche con Pepsi-Cola.

Nella decisione *Coca Cola*, tuttavia, l’evidenza dell’intento escludente delle strategie esaminate non si è accompagnata a una valutazione altrettanto chiara che tali strategie fossero in grado di eliminare un concorrente “altrettanto efficiente” facendo leva su una posizione di vantaggio di mercato asimmetrico a favore di *Coca Cola*. Il rischio, in tali circostanze, è che l’antitrust finisca con il favorire non condizioni concorrenziali, ma piuttosto l’emergere di equilibri di accomodamento, più o meno collusivo, nel mercato. Da questa critica vanno invece esenti alcune decisioni più recenti, come *Enel Trade/Clienti Idonei*, con la quale l’AGCM ha condannato come abusivi alcuni sconti che equivalevano nella pratica a un vincolo di fornitura in esclusiva: in tali casi, il meccanismo su cui Enel poggiava la propria politica escludente consisteva nel controllo di impianti indispensabili per la fornitura di energia elettrica nelle ore di punta, che faceva sì che nessuno dei clienti potesse sottrarsi a un rapporto contrattuale almeno parziale con Enel. Ugualmente nel caso *Unapace/Enel*, date le stesse condizioni strutturali, l’offerta di una “clausola inglese” da parte di Enel ai propri clienti — cioè la disponibilità ad aggiustare verso il basso la tariffa convenuta a fronte di un’offerta competitiva da parte di un concorrente di Enel — è stata anch’essa valutata come un abuso di esclusione.

Passando a considerare decisioni relative a comportamenti escludenti in mercati collegati verticalmente, l'AGCM ha condannato come abusivi alcuni casi espliciti di rifiuto a contrarre nella forma di rifiuto di fornitura di pezzi di ricambio (*Otis/Kone Italia/Schindler; Fornitura ricambi caldaie a gas; Goriziane/Fiat Ferroviaria*) giacché, attraverso tale rifiuto, veniva a determinarsi una sorta di mercato monopolistico nell'offerta di servizi di riparazione.

Nella maggior parte dei casi di strategie escludenti in mercati collegati verticalmente, la questione riguardava lo sfruttamento del controllo di una *essential facility*, tipicamente la rete, nei settori delle *Public Utilities* (come l'energia elettrica, il gas e le telecomunicazioni). In ciascuno di questi casi vi è stata una evidente e forte complementarità tra l'applicazione del diritto antitrust, le scelte politiche di liberalizzazione e la regolazione dei settori a rete. Le politiche di liberalizzazione insistono infatti in modo cruciale sulla possibilità (favorita dalle recenti innovazioni nella tecnologia delle comunicazioni) di scomporre la filiera verticale, in modo da enucleare le fasi del processo produttivo che sono caratterizzate da condizioni tecnologiche di monopolio naturale, rispetto alle altre fasi, a monte e valle, nelle quali è tecnologicamente possibile ed economicamente desiderabile lasciare che il servizio venga offerto attraverso l'interazione concorrenziale di una pluralità di soggetti. In questo quadro, la fase del monopolio naturale è tipicamente quella della rete che, per tale ragione, rappresenta una "infrastruttura essenziale". Anche se in generale le autorità di regolazione del settore intervengono per regolare l'accesso alla rete a condizioni imparziali per tutti gli operatori a monte e a valle, ciò non esclude tuttavia che i comportamenti di un'impresa che controlla un'infrastruttura di rete siano ugualmente soggetti alla valutazione antitrust e possano configurare un abuso quando hanno portata escludente.

Così, con riferimento al settore del gas, nel caso *Snam-Tariffe di vettoriamento*, l'AGCM ha svolto un'analisi approfondita dei prezzi di accesso al vettoriamento e alla distribuzione primaria del gas naturale riscontrando nella strategie tariffaria di SNAM (la società che gestisce la rete e che, con la liberalizzazione, era

stata però separata da ENI soltanto in forma societaria) l'imposizione di un prezzo eccessivo equivalente a un rifiuto a contrarre a favore del gruppo ENI. Nella decisione *Blugas/Snam*, l'AGCM ha poi considerato abuso di posizione dominante con effetti escludenti una discriminazione tra i differenti concorrenti di ENI operata da Snam nell'accesso all'infrastruttura di rete.

Con riferimento al settore delle telecomunicazioni, nella decisione *Infostrada-Telecom/Tecnologia ADSL*, l'AGCM ha considerato che il rifiuto da parte di Telecom Italia di mettere a disposizione dei concorrenti un certo tipo di linea affittata, che avrebbe potuto essere utilizzata per sviluppare connessioni su tecnologia di tipo x-DSL, costituisse un abuso di posizione dominante, motivato dall'intento di occupare anticipatamente i mercati dell'offerta di servizi innovativi di telecomunicazione che si andavano sviluppando. Ancora, nella decisione *Tiscali/Albacom/Telecom Italia*, sono state valutate come abusive le condizioni economiche eccessivamente onerose imposte da Telecom Italia per l'interconnessione alla infrastruttura essenziale di rete. Nella decisione *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, un abuso di potere di mercato con effetti escludenti è stato identificato in una pratica di *price squeeze* con riferimento, tra l'altro, alle offerte formulate da Telecom Italia nella gara CONSIP per la fornitura di servizi di telecomunicazione alla Pubblica Amministrazione. L'attività istruttoria dimostrò infatti che talune offerte risultavano inferiori al prezzo — stabilito dall'autorità di regolazione seguendo criteri di aderenza al costo di produzione — che i concorrenti di Telecom, partecipanti anch'essi alla gara, avrebbero dovuto comunque pagare per i servizi di interconnessione sulla rete Telecom.

Infine, il tema dei diritti di proprietà intellettuale è entrato solo di recente tra le questioni affrontate dall'autorità antitrust italiana. Nel caso *Glaxo-Principi Attivi*, l'AGCM ha considerato abuso di posizione dominante il diniego da parte della Glaxo di concedere una licenza per due certificati complementari di protezione. Questi certificati rappresentano strumenti che prolungano la durata di esercizio dei diritti di sfruttamento esclusivo di un'invenzione ed erano stati richiesti da concorrenti della Glaxo per la produzione di un principio attivo da destinare alla com-

mercualizzazione di farmaci generici, in paesi nei quali la protezione del diritto di sfruttamento in esclusiva per la Glaxo era scaduta.

6.2.4 Le concentrazioni

A causa dell'obbligo di notifica (che sorge quando i fatturati dell'impresa acquirente o dell'impresa acquisita superano determinate soglie) una parte significativa dell'attività istituzionale delle autorità antitrust nel mondo è assorbita dalla valutazione delle operazioni di concentrazione. Nel maggior numero dei casi queste valutazioni si concludono con una autorizzazione sommaria, senza passare attraverso la fase istruttoria; e ciò vale anche per l'esperienza italiana. Nei casi nei quali l'autorità italiana ha ritenuto necessario avviare un'istruttoria, comunque, l'autorizzazione è stata negata solo raramente⁵⁴. Frequentemente, invece, le concentrazioni sono state autorizzate perché l'autorità ha ritenuto che fosse possibile imporre rimedi adeguati a rimuovere gli effetti unilaterali di una concentrazione, oppure quelli pro-collusivi, oppure ancora quelli che determinavano la creazione di barriere all'entrata⁵⁵.

Rimedi strutturali sono stati imposti, per esempio, per autorizzare la concentrazione *Banca Intesa/Comit*. L'operazione, che coinvolgeva istituti di credito, interessava sia mercati riservati alle banche, sia mercati nei quali le banche operavano in concorrenza con operatori non bancari. Con riferimento ai primi mercati, fino al 2005, la legge italiana ha attribuito la competenza per l'applicazione della legge 287/90 alla Banca d'Italia. La concentrazione *Banca Intesa/Comit* è stata pertanto soggetta a una duplice decisione, della Banca d'Italia e dell'AGCM. Entrambe le au-

⁵⁴ Uno studio analitico dei criteri che hanno informato l'insieme delle decisioni dell'AGCM in merito alle concentrazioni è offerto dal lavoro di LA NOCE M. - ALLEGRA E. - ROCCO V. - CAPO F.M. (2006).

⁵⁵ Spesso i rimedi sono stati proposti dalle parti come "impegni". In altri casi, invece, le parti hanno ritenuto che le misure imposte fossero eccessivamente onerose e hanno rinunciato alla concentrazione.

torità hanno autorizzato la concentrazione a condizione che, nei mercati geografici nei quali si sarebbe altrimenti verificata una rilevante sovrapposizione tra le due banche⁵⁶, alcuni sportelli bancari venissero dismessi e ceduti ad istituti di credito in grado di agire come concorrenti credibili nei confronti della nuova banca che veniva a determinarsi.

Con riferimento al settore bancario in generale, occorre tuttavia osservare che sia la Banca d'Italia sia l'AGCM hanno guardato con favore ai processi di aggregazione tra banche che sono stati messi in atto in Italia a partire dagli anni Novanta. Questo atteggiamento era fondato sulla considerazione che la struttura del settore, ampiamente dispersa, fosse da interpretare, più che come evidenza di condizioni concorrenziali, come il risultato di un insufficiente operare di questi: alla fine degli anni Ottanta, infatti, l'industria bancaria italiana era caratterizzata da un numero elevato di imprese che avevano però dimensioni prevalentemente più piccole della dimensione efficiente e che, pertanto, per l'inadeguato sfruttamento delle economie di scala e di diversificazione, operavano con costi relativamente elevati. La spinta alla liberalizzazione del settore, da parte della Commissione Europea, sciolse tensioni concorrenziali che, in quelle condizioni strutturali, si accompagnarono a processi di crescita interna ed esterna delle imprese bancarie, a una riduzione del loro numero e, necessariamente, ad aumenti degli indici di concentrazione industriale⁵⁷. Nel valutare quindi i processi di aggregazioni tra banche, l'AGCM e la Banca d'Italia ne hanno riconosciuto in generale il carattere pro-concorrenziale anche se, nelle singole decisioni, non si sono allontanate da un approccio strutturalista, rimanendo scrupolosamente attente a che le concentrazioni non venissero a creare posizioni monopolistiche in specifici mercati locali. In anni più recenti però, al di fuori dalle valutazioni delle concentrazioni, AGCM

⁵⁶ In generale, la valutazione antitrust assume che i mercati rilevanti abbiano dimensione geografica più piccola dell'intero territorio nazionale nel caso dei depositi (provinciale) e nel caso degli impieghi (regionale); mentre si assume che la dimensione del mercato sia nazionale per le attività di gestione del risparmio.

⁵⁷ Per un'analisi dell'evoluzione dei processi di concentrazione nell'industria bancaria italiana nell'ultimo decennio, si veda COLOMBO L. - TURATI G. (2004) e CAROPPO M.S. - COLOMBO L. - TURATI G. (2006).

e Banca d'Italia hanno guardato alle condizioni concorrenziali del settore bancario privilegiando una prospettiva esplicitamente non strutturalista⁵⁸. Evidenza di questo nuovo orientamento è offerta dall'indagine conoscitiva, avviata nel 2004, sugli aspetti di organizzazione dell'industria bancaria che possono favorire l'instaurarsi di equilibri di mercato collusivi, nella quale particolare attenzione viene rivolta all'operare dei *switching costs* e all'organizzazione della filiera verticale per quanto concerne la produzione e la distribuzione dei servizi finanziari ai risparmiatori.

Vi sono stati anche altri casi nei quali l'autorità antitrust italiana ha imposto rimedi strutturali. Per esempio, nella decisione *Heineken Italia/Birra Moretti*, l'AGCM ha utilizzato per la prima volta la nozione di posizione dominante collettiva ai fini della valutazione di una concentrazione. L'istruttoria aveva messo in evidenza due aspetti problematici nell'acquisizione di Birra Moretti da parte di Heineken: il primo era che l'acquisita aveva perseguito, prima della concentrazione, strategie tipiche di un'impresa *maverick*, cioè strategie non accomodanti verso comportamenti collusivi nel settore; il secondo che, con la scomparsa di Birra Moretti, il mercato italiano della birra veniva a trasformarsi in un sostanziale duopolio (costituito da Heineken e da Peroni) nel quale prevalevano condizioni favorevoli al determinarsi di effetti coordinati. Sulla base di questa valutazione, l'autorità autorizzò la concentrazione imponendo un rimedio strutturale che mirava a creare le condizioni perché nel mercato emergesse un terzo concorrente autonomo rispetto ai due duopolisti: la dismissione di uno stabilimento per la produzione della birra (situato in Italia e con una capacità produttiva non inferiore al 5% del mercato nazionale) a favore di un concorrente con quota di mercato inferiore al 20%, una condizione che escludeva Peroni dal novero dei candidati acquirenti.

Successivamente, l'autorità italiana ha nuovamente utilizzato la nozione di posizione dominante collettiva nella valutazione del-

⁵⁸ Per un'analisi non strutturalista dei fattori che governano le condizioni concorrenziali nell'industria bancaria, si vedano i contributi contenuti in POLO M. (2000). Ho discusso più diffusamente le condizioni concorrenziali sui mercati finanziari italiani ai fini antitrust in GRILLO M. (2004) e GRILLO M. (2006a).

la concentrazione *Granarolo/Centrale del Latte di Vicenza*. Il caso è meritevole di attenzione sotto più di un aspetto. Innanzi tutto, applicando in modo innovativo un *test* di stazionarietà riguardo all'andamento dei prezzi del latte in diverse regioni italiane, l'istruttoria dell'AGCM portò ad identificare, ai fini della definizione del mercato geografico rilevante, mercati regionali distinti⁵⁹. In secondo luogo, l'AGCM osservò che, a fronte di questo dato, la struttura dell'industria italiana del latte si era evoluta nel corso degli anni Novanta, da una situazione caratterizzata dalla presenza di un numero elevato di piccoli produttori in ciascuno dei diversi mercati regionali, verso una situazione caratterizzata dalla presenza sistematica, nella maggior parte di tali mercati, di due operatori (Parmalat e Granarolo) che avevano assorbito nel tempo molti produttori locali. Ciò aveva fatto emergere un contesto di mercato favorevole allo sviluppo di relazioni collusive tra i due maggiori produttori, soprattutto per la presenza sistematica di *multimarket contacts*. La concentrazione, che vedeva la scomparsa di un rilevante concorrente nei mercati regionali del Nord-Est, venne per tali ragioni vietata.

Rimedi comportamentali sono stati invece imposti dall'autorità italiana quando ha autorizzato la concentrazione *Edizioni Holding/Autostrade*, con la quale Edizioni Holding — il principale operatore nei servizi di ristorazione autostradale, attraverso la controllata Autogrill — acquisiva la società Autostrade. Con la concentrazione veniva a costituirsi un'impresa verticalmente integrata che avrebbe avuto il controllo monopolistico dell'offerta dei servizi di ristorazione in autostrada, giacché a tale impresa sarebbe spettato di affidare in sub-concessione tutti i servizi, inclusi i servizi di ristorazione, offerti nelle aree di sosta della rete autostradale. L'AGCM autorizzò la concentrazione subordinatamente a tre condizioni: (i) che Autogrill si impegnasse, per il futuro, a non superare la quota, pari al 72%, dei punti di ristoro sul tracciato autostradale di cui aveva il controllo al momento della concentrazione; (ii) che Autostrade non assumesse mai direttamente la for-

⁵⁹ Per un'analisi del *test* utilizzato dall'autorità antitrust italiana, si veda FORNI M. (2004).

nitura dei servizi di ristoro; (iii) che Autostrade affidasse sempre, per il futuro, la fornitura di tali servizi a soggetti terzi, in base a procedure competitive pubbliche. Venne imposto, inoltre, che tali procedure fossero gestite anche esse da soggetti terzi e che Autostrade si astenesse da qualsiasi coinvolgimento nella loro predisposizione. La concentrazione *Edizioni Holding/Autostrade* si rivelò un caso emblematico delle difficoltà che si pongono per una autorità antitrust quando deve verificare nel tempo il rispetto di impegni comportamentali: negli anni seguenti, infatti, l'AGCM dovette avviare ripetuti procedimenti di inottemperanza degli impegni da parte di Edizione Holding, alcuni dei quali si conclusero con l'accertamento di una violazione⁶⁰.

In due casi di particolare interesse l'autorità italiana ha autorizzato una concentrazione imponendo rimedi che inglobano nella stessa prescrizione elementi sia strutturali sia comportamentali.

Il caso *Seat Pagine Gialle/Cecchi Gori Communications* concerneva l'acquisizione della società Cecchi Gori Communications, titolare delle concessioni per le trasmissioni televisive di TMC e TMC2, da parte della società Seat Pagine Gialle appartenente al gruppo Telecom Italia. Gli effetti della concentrazione venivano a prodursi in particolare nei nuovi mercati della convergenza tra telecomunicazioni, Internet e media. In tali mercati la disponibilità di infrastrutture di reti a larga banda, in grado di garantire l'accesso locale agli utenti finali, è essenziale per la trasmissione di contenuti multimediali. Telecom Italia aveva il controllo delle reti di accesso locale e, concentrandosi con un operatore di televisione, veniva ad entrare nel mercato della trasmissione di contenuti in una posizione di vantaggio strutturale rispetto ai suoi concorrenti. Un tipico rimedio alla posizione dominante — che, con la concentrazione, veniva a costituirsi in capo a Telecom grazie al controllo di una infrastruttura essenziale — sarebbe stata la rigorosa regolazione delle condizioni di accesso dei concorrenti alla rete locale di Telecom, sulla base della dottrina dell'*essential faci-*

⁶⁰ Può non essere irrilevante ricordare che Edizione Holding reagì pubblicamente all'attività di controllo condotta dall'autorità italiana, denunciandola veementemente sulla stampa come persecutoria.

lity; a tale proposito, erano già in fase di attuazione le direttive del regolatore di settore, l'Autorità garante delle comunicazioni, che obbligavano Telecom a consentire ai suoi concorrenti di raggiungere direttamente i propri clienti attraverso l'*unbundling del local loop*. L'AGCM osservò tuttavia che l'obbligo di accesso alle reti locali di Telecom sarebbe stato un rimedio inadeguato a impedire che, con la concentrazione, venisse a costituirsi una posizione dominante di Telecom nei mercati della convergenza, giacché, con tale obbligo, si sarebbe nei fatti imposto ai concorrenti di Telecom, in un settore innovativo e in forte crescita, una grave ipoteca tecnologica. Sulla maggior parte delle reti locali di Telecom, infatti, la trasmissione a larga banda avrebbe potuto essere realizzata soltanto grazie al potenziamento dei servizi di accesso che Telecom stessa stava sviluppando ricorrendo alle tecnologie in modalità x-DSL. Esistevano invece alternative tecnologiche; tra queste, in particolare, la trasmissione a larga banda attraverso fibre ottiche, una soluzione che la stessa Telecom aveva per un certo periodo coltivato nell'ambito del progetto "Socrate", ma che aveva poi abbandonato. Evitando di cadere in tale ipoteca tecnologica, l'AGCM individuò la presenza di una infrastruttura essenziale in una fase a monte rispetto alla rete di Telecom Italia per l'accesso locale: Telecom aveva infatti anche la disponibilità delle canaline e delle infrastrutture civili necessarie per la posa delle reti e, anzi, proprio queste costituivano l'investimento di gran lunga più oneroso in infrastrutture di rete per l'accesso locale. Inoltre, la capacità di queste infrastrutture civili era ampiamente sottoutilizzata e vi si trovava spazio per ospitare reti in fibra ottica, se i concorrenti scegliessero quest'ultima come alternativa tecnologica. Sulla base di questa analisi, la concentrazione *Seat Pagine Gialle/Cecchi Gori Communications* fu autorizzata condizionatamente a quattro rimedi, di cui quello di gran lunga più innovativo e rilevante per la concorrenza in un settore ad alto grado di innovazione tecnologica fu l'impegno di Telecom Italia a consentire, agli operatori di telecomunicazione che ne avessero fatto richiesta, l'accesso alle proprie infrastrutture civili, per la posa di cavi in fibra ottica a condizioni non discriminatorie e orientate ai costi.

Il caso *Groupe Canal Plus-Stream* concerneva l'acquisizione della totalità delle azioni della società Stream Spa da parte del gruppo Canal+. Nonostante l'AGCM abbia, alla fine, autorizzato l'operazione, la concentrazione non fu poi realizzata per la rinuncia della parte acquirente, che ritenne i rimedi imposti (che inglobavano elementi strutturali e comportamentali) eccessivamente onerosi. Poco tempo dopo, però, una concentrazione sostanzialmente analoga, nella quale i ruoli di acquirente e di acquisita erano stati invertiti, fu sottoposta alla Commissione europea, cui spettava la competenza a causa della mutata forma dell'operazione. La decisione della Commissione europea, *News-corp/Telepiù*, si concluse anch'essa con una autorizzazione subordinata a rimedi (stavolta accettati dalla nuova acquirente, *News-corp*) che sostanzialmente riproducevano quelli che erano stati imposti dall'autorità italiana per autorizzare l'operazione inversa. Il punto cruciale nella prospettiva antitrust era che, in entrambi i casi, la concentrazione tra i due principali operatori nel mercato italiano della *pay-tv* veniva a creare un monopolio con riferimento alla piattaforma satellitare, che era di gran lunga quella a maggiore diffusione in Italia nell'offerta di servizi televisivi a pagamento. È utile richiamare che, nella sua decisione, l'autorità italiana aveva innanzi tutto rigettato una particolare formulazione della *failing firm defense*, che le parti avevano invocato sostenendo che la competizione per l'acquisizione dei diritti sui contenuti *premium* (gli eventi sportivi e i film di grande richiamo) portasse inevitabilmente a una guerra al rialzo dei prezzi, condannando ciascuno dei concorrenti a presentare offerte superiori alla capacità di copertura ottenibile attraverso i normali ricavi della trasmissione televisiva a pagamento. Ma, soprattutto, l'AGCM, come poi la Commissione europea nella decisione *News-corp/Telepiù*, si preoccupò del fatto che, nonostante la costituzione di un monopolio, venissero mantenute, nel mercato italiano della televisione a pagamento, condizioni adeguate a garantirne l'apertura, sia nei confronti di potenziali entranti sulla stessa piattaforma, sia di concorrenti che operavano, o avrebbero in futuro operato, su piattaforme alternative (come il cavo o il digitale terrestre) e con modalità di offerta (come la *pay-per-view*) differenti da quelle del-

l'offerta satellitare. I rimedi imposti, dapprima dall'AGCM e successivamente dalla Commissione, furono pertanto disegnati con l'obiettivo di rimuovere questa preoccupazione. In particolare, nella decisione italiana, veniva imposto all'impresa che risultava dalla concentrazione: (i) di rinunciare unilateralmente, in relazione ai contratti in essere, e di non acquisire, nei contratti futuri, alcuna esclusiva o protezione equivalente relativa ai diritti di trasmissione a pagamento su piattaforme non satellitari; (ii) di riconoscere, alle controparti dei contratti in corso, un diritto unilaterale di recesso senza applicazione di penali; (iii) di non stipulare in futuro contratti di durata superiore ai due anni per lo sfruttamento di diritti su qualsiasi piattaforma diffusiva, garantendo alle controparti un diritto di recesso annuale unilaterale.

Un ultimo caso meritevole di attenzione riguarda la concentrazione *SAI-La Fondiaria*, relativa alla fusione per incorporazione di Fondiaria in Sai, che mostra due profili di particolare interesse: da un lato, perché ha messo in luce una articolata struttura di controllo in alcune imprese rilevanti dell'industria assicurativa italiana; dall'altro, per la concomitanza dei criteri utilizzati dall'AGCM nella valutazione degli effetti della concentrazione con il dibattito internazionale a seguito del quale, poco tempo dopo, la Commissione europea modificò il regolamento sulle concentrazioni, abbandonando la formulazione che la vincolava alla verifica della costituzione o del rafforzamento di una posizione dominante.

Con riferimento al primo aspetto, l'AGCM stabilì che la concentrazione veniva a creare una posizione dominante di Mediobanca nei mercati dell'assicurazione danni, ricostruendo da un lato una catena di controllo di fatto che risaliva a Mediobanca (nella forma di controllo congiunto di Mediobanca e Premafin su Fondiaria-Sai) e parallelamente verificando un controllo di fatto di Mediobanca su Generali. Questa analisi portò l'autorità italiana ad autorizzare l'operazione imponendo misure idonee a rimuovere la posizione dominante di Mediobanca, in particolare impedendo a Mediobanca la possibilità di esercitare stabilmente, per il futuro, un controllo di fatto su Generali.

Con riferimento al dibattito sui criteri di valutazione delle

concentrazioni, la decisione dell'AGCM seguì un approccio analitico che ricalcava pressoché totalmente quello utilizzato negli Stati Uniti d'America per valutare, con il criterio della riduzione sostanziale della concorrenza, gli effetti unilaterali di una concentrazione in un mercato oligopolistico. Questo approccio consisteva essenzialmente in una simulazione della variazione dei prezzi che si sarebbe determinata nell'equilibrio oligopolistico non collusivo dopo la concentrazione. Nel caso specifico *SAI-La Fondiaria*, tenendo conto del controllo di fatto di Mediobanca su Fondiaria-Sai e Generali, tale approccio portò a concludere che: (i) tutte le imprese avrebbero potuto aumentare significativamente i prezzi; (ii) l'impresa risultante dalla concentrazione avrebbe potuto aumentare i propri prezzi in una misura apprezzabilmente maggiore rispetto ai concorrenti. Nella sua decisione, l'AGCM valutò che questo secondo esito — se, come nel caso, quantitativamente significativo — implica la costituzione di una posizione dominante secondo i criteri definiti dalla Corte di Giustizia europea, cioè come “capacità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti”.

L'interesse analitico della decisione dell'AGCM nel caso Sai-Fondiaria, rispetto al concomitante dibattito internazionale, nasce dalla seguente considerazione. Per un verso, è vero che l'effetto *sub (i)*, quando è quantitativamente significativo, è necessario e sufficiente a configurare un effetto unilaterale di “riduzione sostanziale della concorrenza” secondo il criterio statunitense; mentre non può configurare, di per sé, la creazione di una “posizione dominante” secondo il criterio europeo. D'altra parte, come implicitamente ma chiaramente dimostra l'argomento della decisione Sai-Fondiaria, l'effetto *sub (ii)* si accompagna sempre, come caratteristica qualitativa generale, all'effetto *sub (i)*: infatti, poiché soltanto le imprese che si concentrano riescono a internalizzare (almeno in parte) l'effetto di sostituzione incrociata di un aumento dei prezzi dei propri prodotti, una concentrazione modifica sempre in modo asimmetrico gli incentivi strategici delle imprese ad aumentare i prezzi, in quanto attribuisce all'impresa che si concentra la capacità di aumentarli di più dei propri concorrenti. L'inevitabile conclusione logica è però che questo esito, quando as-

sume valore quantitativamente rilevante, implica la costituzione di una posizione dominante nell'unico possibile significato che quella nozione può assumere in un contesto oligopolistico, in coerenza con la definizione della Corte europea di Giustizia: la differenza tra il criterio statunitense e il criterio europeo diventa, in altri termini, evanescente⁶¹.

7. - Conclusioni

Se, dalle origini, l'obiettivo dell'antitrust è quello di "contrastare il monopolio", l'evoluzione degli assetti istituzionali entro i quali perseguire questo obiettivo, così come le tensioni che attraversano in particolare l'assetto istituzionale odierno, sono legate a due "grandi questioni" che si presentano ciclicamente nell'esperienza storica e alle quali, ancora oggi, siamo in grado di dare risposte solo parziali. La prima questione attiene alla natura e, più specificamente, all'origine del monopolio. La seconda alle buone ragioni per le quali è desiderabile, dal punto di vista collettivo, "contrastare il monopolio".

Per gli economisti classici, e per coloro che nella storia del pensiero hanno continuato ad ispirarsi alla loro visione, il monopolio è "monopolio istituzionale". Esso può esistere e mantenersi stabilmente nel tempo soltanto perché è protetto da leggi o da privilegi sovrani, che "danno a Pietro il permesso di fare ciò che non è consentito a Paolo"⁶². Il privilegio può essere concesso a un singolo produttore, dando luogo così a un monopolio in senso proprio, e serve ad escludere ogni altro soggetto economico dallo svolgere l'attività protetta. Il privilegio può ugualmente essere concesso a una collettività di produttori di un determinato bene e, in tal caso, serve congiuntamente a due scopi: da un lato, analogamente al caso precedente, ad escludere dall'attività protetta ogni altro soggetto economico estraneo alla "corporazione", o a regolarne strettamente l'inclusione; dall'altro, a regolare i rapporti interni tra i membri

⁶¹ Per un approfondimento si rinvia al lavoro di GRILLO M. - MAGNANI L. (2004).

⁶² Si veda VON HAYEK F. (1960, p. 168) (traduzione mia).

della “corporazione”, per garantire coesione all’intento comune di massimizzazione dei profitti congiunti. Il monopolio istituzionale pone un problema di libertà di iniziativa economica, splendidamente colto dalla icastica citazione da von Hayek sopra riportata; e pone anche un problema di efficienza nell’uso delle risorse: da un lato, perché le condizioni alle quali un monopolista offre il proprio prodotto sono in genere tali da lasciare insoddisfatta la domanda di parte dei soggetti sociali che pure hanno prezzi di riserva del bene superiori al costo di produzione (cioè al valore delle risorse sociali impiegate per produrlo); dall’altro, perché spinge i produttori a destinare — e, di fatto, a dissipare — risorse in attività volte a convincere il “sovrano” a concedere il privilegio (e vi sono, tra l’altro, molte buone ragioni per ritenere che queste attività tendono a diventare sempre più costose, in particolare nelle moderne democrazie). Partendo da presupposti “classici”, contrastare il monopolio significa allora rimuovere i vincoli istituzionali sui quali si reggono i monopoli. Questo è però un intervento del quale possono farsi direttamente carico solamente gli organi responsabili del governo politico, che si propongano di perseguire in tal modo l’obiettivo una società al contempo più libera e più efficiente.

Alla teoria dell’origine istituzionale del monopolio si contrappone nella storia del pensiero l’approccio teorico che ritiene che, anche in assenza di vincoli istituzionali, le stesse relazioni di mercato possono essere fonte di monopolio. La ricerca sulle origini “di mercato” del monopolio nasce con il tardo pensiero classico e si sviluppa con la grandiosa costruzione neoclassica, dando luogo al paradigma strutturalista, che vede il germe del monopolio annidarsi ovunque i mercati non siano strutturalmente “dispersi”. Lo strutturalismo stabilisce una correlazione positiva tra il grado di concentrazione dei mercati e l’intensità con la quale, anche in assenza di protezione politica, i singoli soggetti economici godono di potere di mercato e riescono a rafforzarlo; o, ancora, una collettività di produttori riesce a sviluppare forme di cooperazione atte a produrre risultati collusivi (cioè, la massimizzazione dei profitti congiunti). Per le ragioni discusse nel paragrafo 2, come per la teoria classica del monopolio istituzionale, anche per lo strutturalismo il monopolio implica al contempo coazione della

libertà economica dei soggetti e inefficienza nell'impiego delle risorse. Tuttavia, nella prospettiva strutturalista, rimuovere il monopolio che ha la sua fonte nello stesso mercato presuppone un assetto istituzionale di governo dell'organizzazione economica della società diverso e, sotto certi aspetti, più complesso. Vi sono circostanze (come il monopolio naturale) nelle quali lo strutturalismo individua il rimedio al monopolio che nasce dalle stesse relazioni di mercato nella regolazione pubblica, cioè nella sostituzione di decisioni collettive a decisioni decentrate (implicando, alla fine, più monopolio istituzionale e minore libertà di iniziativa economica). Ma, più in generale, al di fuori di circostanze che devono essere comunque ben specificate, lo strutturalismo ha suggerito che il rimedio debba consistere nel disegno di istituzioni di governo del mercato volte essenzialmente a ridefinire i confini dell'autonomia decisionale dei soggetti (cioè i loro insiemi di scelta) secondo criteri tali da consentire che, minimizzando la coazione della libertà individuale di iniziativa economica, l'interazione sociale sia in grado di risolversi con esiti efficienti. Come ho argomentato nei primi due paragrafi, è questo il fondamento strutturalista del disegno istituzionale dell'antitrust.

Il quadro, teorico e istituzionale, che è emerso dallo strutturalismo ha due corollari. Il primo è che il diritto antitrust regola i comportamenti dei singoli soggetti economici, non le scelte dei legislatori e dei governi. In altri termini, l'antitrust fondata sullo strutturalismo è una istituzione che si propone di offrire rimedio al monopolio che sorge dall'interazione di mercato, non al monopolio istituzionale⁶³. Questa conclusione è confermata e non smentita dalla osservazione che oggi, in molti Paesi e soprattutto in Europa, le istituzioni antitrust hanno un "potere" di *advocacy* (cioè possono dare pareri, in merito alla promozione della concorrenza e del mercato, al potere legislativo ed al potere esecutivo sia su sollecitazione, sia autoattivandosi). Al di fuori del gioco delle parole, l'*advocacy* testimonia piuttosto l'assenza di un potere; mentre, in ultima analisi, l'insieme di scelta collettivo, dal qua-

⁶³ Una parziale eccezione a questa conclusione (ma non alla logica del disegno istituzionale che la regge) è rappresentata dalla valenza "costituzionale" che il diritto antitrust ha, nell'Unione Europea, nei confronti dei singoli Stati membri.

le vengono attinte le decisioni pubbliche, include sempre l'opzione "politica" a favore del monopolio e dell'esercizio del potere di mercato in qualsiasi forma.

Il secondo corollario dello strutturalismo antitrust è che da esso è scaturita un'architettura giuridica molto semplice, internamente coerente, facile da attuare, prevedibile ed affidabile. Da un lato, il principio generale che la sorregge è l'illiceità di tutti i comportamenti dei soggetti economici che riducono artificialmente lo spessore dei mercati, cioè le opportunità di scambio. Dall'altro, le regole antitrust coerenti con quel principio sono regole semplici ed oggettive e non impongono agli stessi soggetti economici l'onere di valutare, individualmente, specificamente e nel dettaglio, le conseguenze sociali del loro comportamento.

Attraverso un'analisi particolareggiata delle fattispecie antitrust, ho cercato di esporre in questo lavoro le ragioni per le quali, alla luce degli sviluppi della teoria dell'Organizzazione Industriale, il paradigma strutturalista appare oggi inadeguato a governare una efficiente organizzazione dei mercati. La recente articolata ricostruzione di uno dei principali esponenti della scuola di Chicago (Posner, 2001), si conclude con l'affermazione che il diritto antitrust dovrebbe essere essenzialmente ricondotto al solo divieto di intesa orizzontale collusiva e che i tentativi di incidere sulla struttura del mercato, attraverso il controllo delle relazioni verticali e delle strategie messe in atto da imprese che controllano quote significative dei mercati in cui operano, si rivelano essere soltanto un ostacolo alla capacità dei mercati di organizzare la produzione nel modo più efficiente. La sintesi post-Chicago, pur non condividendo questa conclusione drastica, sposa dall'altra parte pienamente l'idea che il principio di efficienza debba essere assunto come la sola finalità istituzionale dell'antitrust; e, mostrando come le implicazioni in termini di efficienza di molti comportamenti di impresa in mercati imperfettamente concorrenziali siano più complesse e ambigue di quanto non faccia ritenere la semplicità del modello strutturalista, sollecita, nella valutazione antitrust, un'attenzione mirata alle specificità dei singoli casi.

In questo quadro, la sfida che l'antitrust ha oggi davanti a sé

è quella di riuscire a definire *standard* giuridici adeguati con gli sviluppi analitici esposti. Se la necessaria attenzione alle specificità degli effetti associati al singolo caso dovesse accompagnarsi a una sostanziale incapacità di offrire alle imprese una base semplice, prevedibile ed affidabile su cui fondare le proprie scelte in contesti di decisioni decentrate (senza imporre ad esse l'onere di calcolarne esplicitamente le conseguenze di benessere sociale) l'intervento antitrust finirebbe, implicitamente ma inesorabilmente, con il trasformarsi in un intervento di regolazione *ex-post* che sarebbe intrinsecamente in contraddizione con l'idea stessa di concorrenza come principio di interazione sociale basato sul decentramento decisionale. Rimuovere il rischio di un esito così contraddittorio impone un'agenda futura di costante e intensa cooperazione tra analisi giuridica ed analisi economica, finalizzata al disegno della struttura istituzionale più appropriata al governo di una economia di mercato. La storia recente dell'applicazione del diritto antitrust sembra tuttavia mostrare che questo obiettivo può essere realizzato e che, nell'analisi di alcuni casi (in primo luogo, nella stessa vicenda *Microsoft*), è stato possibile formulare *standard* giuridici adeguati e coerenti con le prescrizioni della letteratura post-Chicago. Nell'ultima parte di questo lavoro, discutendo alcune decisioni salienti dell'AGCM, ho cercato, tra le altre cose, di mettere in evidenza il contributo offerto in questa direzione anche dall'autorità antitrust italiana.

BIBLIOGRAFIA

- AGHION P. - BOLTON P., «Contracts as a Barrier to Entry», *American Economic Review*, vol. 77, n. 3, 1987, pp. 388-401.
- ALLEGRA E. - FORNI M. - GRILLO M. - MAGNANI L., «Antitrust Policy and National Growth: Some Evidence from Italy», *Giornale degli Economisti e Annali di Economia*, vol. 63.1, 2004, pp. 69-86.
- AMATO G., *Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Oxford, Hart, 1997.
- AMENDOLA V. - PARCU P.L., *L'antitrust italiano*, Utet, Torino, 2003.
- AREEDA P.E. - TURNER D.F., «Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act», *Harvard Law Review*, vol. 88, 1974, pp. 697-733.
- BAUMOL W., «Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test», *Journal of Law and Economics*, vol. 39, 1996, pp. 49-72.
- BECKER G., «Crime and Punishment: An Economic Approach», *Journal of Political Economy*, vol. 76, 1968, pp. 169-217.
- BENTIVOGLI C. - TRENTO S., *Economia e politica della concorrenza*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1995.
- BOLTON P. - BRODLEY J. - RIORDAN M., «Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy», *Georgetown Law Journal*, vol. 88, 2000, pp. 2239-330.
- BORK R., *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York, Basic Books, 1978.
- CARLTON D.W. - WALDMAN M., «The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries», *Rand Journal of Economics*, vol. 33, 2002 pp. 194-220.
- CAROPPO M.S. - COLOMBO L. - TURATI G., «La misurazione del grado di concorrenza: una applicazione all'industria bancaria», *Economia e Politica Industriale*, di prossima pubblicazione.
- COLOMBO L. - TURATI G., «La dimensione territoriale nei processi di concentrazione dell'industria bancaria italiana», *Studi Economici*, vol. 84, n. 3, 2004, pp. 59-96.
- COSTA S., *Antitrust e software: il caso Microsoft*, Carocci, Roma, 2004.
- COSTI R. - MESSORI M. (a cura di), *Per lo sviluppo. Un capitalismo senza rendite e con capitale*, Il Mulino, Bologna, 2005.
- COURNOT A.A., *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, Paris, Marcel Rivière & C., 1938.
- CREATINI R., *Collusione tacita e tutela della concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2002.
- DENOZZA F., *Antitrust*, Il Mulino, Bologna, 1988.
- DENOZZA F. - TOFFOLETTO A., «Contro l'utilizzazione dell'"approccio economico" nell'interpretazione del diritto antitrust», *Mercato Concorrenza Regole*, vol. VIII, n. 3, 2006, pp. 563-579.
- DI VIA L., *Antitrust e diritti sociali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004.
- EVANS D.S. - PADILLA J., «Designing Antitrust Rules For Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach», University of Chicago, *Law Review*, 72, Winter, 2005.

- FAINI R. - GAGLIARUCCI S., «Competitività e struttura dell'economia italiana: un'anatomia del declino», in TORCHIA L. - BASSANINI F. (a cura di), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del paese*, Passigli, Firenze, 2005.
- FARRELL J. - SHAPIRO C., «Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis», *American Economic Review*, vol. 80, n. 1, 1990, pp. 107-125.
- FATTORI P. - TODINO M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- FORNI M., «Using Stationarity Tests in Antitrust Market Definition», *American Law and Economics Review*, vol. 6, n. 2, 2004, pp. 441-464.
- GALLO R. - SILVA F. (a cura di), *Le condizioni per crescere*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2006.
- GERBER D.J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Clarendon Press, Oxford, 1998.
- GRIFFIN J.M., «An Inside Look at a Cartel at Work: Common Characteristics of International Cartels», in *Fighting Cartels - Why and How?*, Proceedings of the 3rd Nordic Competition Policy Conference, Stockholm, Konkurrensverket, 2001.
- GRILLO M., «Collusion and Facilitating Practices: A New Perspective in Antitrust Analysis», *European Journal of Law and Economics*, vol. 14, 2002, pp. 151-169.
- —, «La concorrenza sui mercati finanziari», *Banca Impresa Società*, vol. 3, 2004, pp. 431-437.
- —, «Concentrazioni bancarie e concorrenza», *il Mulino*, n. 3, pp. 508-516, 2006a.
- —, «The Theory and Practice of Antitrust: A Perspective in the History of Economic Ideas», *Storia del Pensiero Economico*, vol. 2, 2006b, pp. 35-65.
- GRILLO M. - MAGNANI L., «Valutazione antitrust delle concentrazioni in mercati oligopolistici», *Mercato Concorrenza Regole*, vol. VI, n. 1, 2004, pp. 217-237.
- GUAL J. - HELLWIG M. - PERROT A. - POLO M. - REY P. - SCHMIDT K. - STEMBACKA R., *An Economic Approach to Article 82*, Report for the DG Competition of the European Commission from the Economic Advisory Group for Competition Policy, Competition Policy International, vol. 2, no. 1, 2006, pp. 111-154.
- VON HAYEK F., *The Constitution of Liberty*, Routledge and Kegan Paul, Londra, 1960.
- —, *Individualism and Economic Order*, Routledge and Kegan Paul, Londra, 1976.
- HOVENKAMP H., *Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and its Practice*, West Publishing co., St. Paul, Minnesota, 1994.
- JULLIEN B. - REY P., *Resale price maintenance and collusion*, Université de Toulouse, IDEI, unpublished manuscript, 2001.
- KREPS D., «Corporate Culture and Economic Theory», in ALT J.E. - SHEPSON K.A. (a cura di), *Perspectives on Political Economy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, pp. 30-143.
- KÜHN K., «Fighting Collusion by Regulating Communication between Firms», *Economic Policy*, vol. 32, 2001, pp. 169-204.
- LA NOCE M. - ALLEGRA E. - ROCCO V. - CAPO F.M., «Merger Control in Italy 1995-2003: A Statistical Study of the Enforcement Practice by Mining the Text of Authority Resolutions», *International Journal of the Economics of Business*, vol. 13, n. 2, 2006, pp. 307-334.
- LIPARI N. - MUSU I. (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Laterza, Bari, 2000.

- MILL J.S., *On Liberty*, Middlesex, Penguin Books, Harmondsworth, 1982 [1859].
- MANGINI V. - OLIVIERI G., *Diritto Antitrust*, Giappichelli, Torino, 2000.
- McGEE J., «Predatory Price Cutting: the Standard Oil (NJ) Case», *Journal of Law and Economics*, vol. 1, 1958, pp. 137-69.
- MOTTA M., *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- MOTTA M. - POLO M., «Leniency Programs and Cartel Prosecution», *International Journal of Industrial Organization*, vol. 21, 2003, pp. 347-380.
- — — —, *Antitrust - Economia e politica della concorrenza*, il Mulino, Bologna, 2005.
- NARDOZZI G., *Miracolo o declino. L'Italia tra concorrenza e protezione*, Laterza, Bari, 2004.
- NORTH D., *Understanding the Process of Economic Change*, Princeton, Princeton University Press, 2005.
- ONIDA F., *Se il piccolo non cresce. Piccole e medie imprese italiane in affanno*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- OSTI C., *Antitrust e oligopolio*, Il Mulino, Bologna, 1995.
- —, *Refusals to Deal and the Quest for the Unfathomable Standard*, VII Conference on Antitrust Between EC Law and National Law, 18-19 maggio 2006, Treviso, mimeo, 2006.
- POLINSKY M. - SHAVELL S., «The Economic Theory of Public Enforcement of Law», *Journal of Economic Literature*, vol. XXXVIII, 2000, pp. 45-76.
- POLO M. (a cura di), *Industria bancaria e concorrenza*, Ente per gli studi monetari, bancari e finanziari «Luigi Einaudi», Il Mulino, Bologna, 2000.
- POSNER R.A., *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago, Chicago University Press, 2001.
- PROSPERETTI L. - SIRAGUSA M., BERETTA M. - MERINI M., *Economia e diritto antitrust*, Carocci, Roma, 2006.
- RASMUSEN E.B. - RAMSEYER J.M. - WILEY J.S., «Naked Exclusion», *American Economic Review*, vol. 81, n. 5, 1991, pp. 1137-45.
- REY P. - TIROLE J., «The Logic of Vertical Restraints», *American Economic Review*, vol. 76, 1986, pp. 931-39.
- ROSSI S., *La regina e il cavallo. Quattro mosse contro il declino*, Laterza, Roma, 2006.
- SABBATINI P., *La concorrenza come bene pubblico*, Laterza, Bari, 2000.
- SEGAL I.R. - WHINSTON M.D., «Naked Exclusion: Comment», *American Economic Review*, vol. 90, n. 1, 2000, pp. 296-309.
- SILVA F. - GRILLO M. - PRATI M., *Il mercato italiano dell'auto nel contesto europeo*, Franco Angeli, Milano, 1981.
- SPAGNOLO G., «Leniency and Whistleblowers in Antitrust», in BUCCIROSSI P. (a cura di), *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge, Mass., The MIT Press, 2006.
- TELSER L.G., «Why Should Manufacturers Want Fair Trade?», *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960 pp. 86-105.
- TURNER D., «The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Pa-

- parallelism and Refusals to Deal», *Harvard Law Review*, vol. 75, 1962, pp. 655-702.
- VICKERS J. «Abuse of Market Power», *Economic Journal*, vol. 115, n. 504, F244-F261, 2005.
- WHINSTON M.D., «Tying, Foreclosure, and Exclusion», *American Economic Review*, vol. 80, 1990 pp. 837-59.
- WHISH R., *Competition Law*, London, Butterworths, 2001.
- WILLIAMSON O., *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, New York, The Free Press, 1975.

