

ISTITUTO DI ECONOMIA E FINANZA



DIPARTIMENTO DI STUDI GIURIDICI
FILOSOFICI ED ECONOMICI

SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

PUBLIC FINANCE RESEARCH PAPERS

**L'ANTITRUST TRA *ADJUDICATION* E *REGULATION*: UNO STUDIO DI LAW &
ECONOMICS**

MARCO BOCCACCIO

E-PFRP N. 65

2024

Marco Boccaccio

Università di Perugia

marco.boccaccio@unipg.it

Please cite as follows:

Marco Boccaccio (2024), "L'antitrust tra adjudication e regulation: uno studio di law& economics", *Public Finance Research Papers*, Istituto di Economia e Finanza, DIGEF. Sapienza University of Rome, n. 65 (<http://www.digef.uniroma1.it/pubblicazioni>).

E-PFRP N. 65

2024

Marco Boccaccio

**L'ANTITRUST TRA ADJUDICATION E
REGULATION: UNO STUDIO DI LAW &
ECONOMICS**

Abstract

La politica della concorrenza è una finestra per comprendere il modo in cui è cambiato nel il ruolo dello Stato in economia. Due paradigmi si sono succeduti in un andamento pendolare, quello di adjudication basato sull'intervento ex post per correggere comportamenti in violazione delle norme, e quello di regulation volto a disciplinare ex ante comportamenti futuri.

JEL Classification: A12; H10; K00; K 21; L 40

Keywords: government intervention; antitrust; law and economics,

§ 1. La vicenda dell'antitrust, disciplina nata negli Stati Uniti alla fine del diciannovesimo secolo per poi, sull'influenza americana, estendersi progressivamente al resto del mondo a partire dalla seconda guerra mondiale¹, può essere considerata emblematica del modo in cui è cambiato in questo arco temporale il rapporto tra lo Stato e il mercato.

Ci sono due interpretazioni dell'andamento della legislazione a tutela della concorrenza nel corso del tempo. Una è collegabile a quello che potremmo chiamare "lo Stato a pendolo", che si concretizza in una fase di espansione dell'intervento pubblico seguita da una di riflusso, per riprendere poi il movimento espansivo. La seconda invece vede un andamento lineare, con una crescita dell'intervento statale che si cumula nel tempo, pur con fasi di rallentamento e qualche contrazione.

Quale che sia l'interpretazione preferita tra le due, esse hanno in comune la constatazione che l'intervento statale in economia non è costante, ma abbia accelerazioni e frenate. Questi movimenti rispondono a sollecitazioni che derivano da mutamenti nell'economia, nella tecnologia, nella cultura e nell'ideologia di volta in volta prevalenti.

La politica della concorrenza non fa eccezione e può anzi rappresentare una finestra utile per studiare il percorso dell'intervento statale.

Su questa linea, per schematizzare si può dividere la vicenda dell'antitrust in tre fasi.

La prima è quella degli albori, che vede la adozione negli Stati di una serie di interventi normativi tra il 1890 e il 1914 che ne hanno scavato le fondamenta e costruito l'architettura di fondo. Un sistema articolato su tre pilastri (divieto delle intese restrittive, della monopolizzazione, del controllo delle operazioni di concentrazione) che pur con qualche variante ha costituito l'ossatura anche dell'antitrust europeo incorporato nel trattato di Roma e delle legislazioni nazionali complementari alla diffusione sempre più estesa delle economie basate sul libero

¹ L'influenza si spinse fino a minacciare il ritiro del sostegno finanziario americano al progetto del Trattato CECA, l'antesignano del Trattato di Roma, se non fosse stata inserita una chiara disciplina di repressione dei cartelli industriali. Analoga pressione diretta non fu più necessaria nella redazione del Trattato di Roma nel quale le norme antitrust vennero inserite potremmo dire di default cfr. Pace L.F., 2013, "La nascita del diritto della concorrenza in Europa: la redazione degli artt. 85 e 86 CEE e il Reg. 17/1962" in Pace L.F. (a cura di), "Dizionario sistematico di diritto della concorrenza", Napoli: Jovene.

mercato e il principio concorrenziale.

Il fatto che l'antitrust sia nato negli Stati Uniti nell'epoca poi chiamata "*progressive era*"² ha condizionato l'interpretazione delle norme da parte dei giudici, riflettendo i valori allora prevalenti. Questo sistema, con qualche aggiustamento che non ha toccato però la fisionomia di fondo, ha retto per quasi un secolo.

A partire dagli anni sessanta del novecento è emersa negli Stati Uniti una critica sempre più radicale e pervasiva del modo in cui l'antitrust era stato applicato dalle corti. Il sistema veniva ritenuto caotico, logicamente contraddittorio e dannoso economicamente, favorendo condotte inefficienti. E tutto questo era considerato in contrasto con la ratio del sistema come voluto dal legislatore. Si è parlato non a caso a questo proposito del sorgere di un paradosso che avrebbe convertito l'antitrust in "*una politica in guerra con se stessa*"³.

Questa critica ha innescato quella che comunemente viene chiamata la rivoluzione di Chicago e che ha imposto un nuovo paradigma per mettere ordine nella materia, basato sul criterio dell'efficienza come mezzo per realizzare il benessere dei consumatori, e quindi sulla centralità dell'analisi economica per l'interpretazione della normativa. Prende così il via la seconda fase.

Di recente infatti anche l'approccio di Chicago ormai diventato dominante è stato sottoposto a una severa critica, dapprima in ambito accademico per tradursi poi sul piano operativo, in particolare nell'azione della Federal Trade Commission. È la terza fase nella quale si riprendono i temi e in gran parte il modo di affrontare il problema della tutela della concorrenza che aveva caratterizzato la prima fase. Non a caso richiama il nome di uno dei maggiori protagonisti della *progressive era*, il giudice Brandeis. La visione della concorrenza come macchina di produzione dell'efficienza voluta da Chicago viene messa sotto accusa, considerandola responsabile della compressione della vitalità della concorrenza stessa. Si individua

² Si tratta di un periodo storico compreso tra la fine del diciannovesimo secolo e a fine della prima guerra mondiale, un periodo caratterizzato da un attivo movimento riformista in tutti gli ambiti sociali ed economici. La valutazione del periodo è di segno e ha interpretazioni diverse. Cfr. ad esempio Rothbard M.N., 2017, "*The Progressive Era*", Mises Institute, che ha un tono fortemente critico. Hofstadter R., 1955, "*The Age of Reform from Bryant to F.D.R.*", New York: Vintage Books inserisce il fenomeno nel passaggio dal populismo al new deal

³ È il sottotitolo del fondamentale libro di uno dei maggiori esponenti della scuola di Chicago: Bork R.H., 1978, "*The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*", New York: The Free Press.

quindi l'esistenza di un nuovo paradosso.

Mentre Chicago affermava l'esistenza di un paradosso nel fatto che l'antitrust veniva a penalizzare l'efficienza contraddicendo la missione originaria affidata dal legislatore all'antitrust, la critica a Chicago sostiene che il vero paradosso consiste nel fatto che l'attenzione all'efficienza sarebbe andata a scapito della concorrenza. Perseguire l'efficienza, detto altrimenti, avrebbe ostacolato il processo concorrenziale. Il contrario, insomma, di quello che proclamava Chicago. Al centro della scena va posto in realtà il potere di mercato a sua volta associato alla struttura del mercato stesso, non il concetto di benessere del consumatore. L'attenzione al potere di mercato permette di individuare delle distorsioni del mercato che altrimenti sfuggono al controllo.

Questa diversità di prospettiva si collega e discende evidentemente dalla differenza di interpretazione di quello che è l'obiettivo perseguito dalla politica antimonopolistica, a sua volta dipendente dal modo in cui si intende natura e funzionamento della concorrenza.

L'evoluzione così sommariamente citata finisce per articolarsi su alcuni cardini:

- a) il primo è quello di scegliere se nel garantire la concorrenza debba avere maggior peso la tutela della libera formazione dei prezzi oppure il garantire una certa struttura *virtuosa* del mercato;
- b) il secondo è quello della differenza tra un antitrust improntato al criterio dell'*adjudication* (giudiziario) e uno invece modellato sulla *regulation* (regolazione).
- c) il terzo è quello del ruolo da attribuire all'analisi economica nel valutare se una certa condotta delle imprese vada qualificata come anticoncorrenziale o meno.

Si tratta di aspetti strettamente collegati e possiamo dire complementari tra loro. In altre parole, a seconda del modo in cui consideriamo il fenomeno concorrenziale dal punto di vista economico, finiamo per scegliere la *veste* giuridica adatta; simmetricamente, la concezione *giuridica* del fenomeno concorrenziale che si adotta a sua volta implica una concezione economica, è volta a realizzare una specifica finalità economica.

Così ad esempio l'approccio di *adjudication* si collega a una idea della libertà economica come libertà negativa esercitata giuridicamente attraverso la tutela dei diritti di proprietà e della libertà di contratto. Il mercato è un assetto che emerge *spontaneamente* dalla interazione della molteplicità degli scambi. La libera

formazione dei prezzi permette che quegli scambi avvengano in modo da veicolare le risorse economiche negli impieghi che sono valutati maggiormente. Da qui l'importanza che il così detto approccio economico o di *law and economics* attribuisce al prezzo.

A fronte di questo approccio, quello di *regulation* parte piuttosto da una concezione della concorrenza come espressione della libertà positiva che si realizza grazie alla dispersione del potere di mercato. Il processo di mercato esprime tale libertà a patto che non si formino concentrazioni di potere che la comprimono. Da qui l'importanza attribuita alla struttura del mercato come preconditione per l'esercizio della libertà economica e l'evoluzione del processo di mercato. E da tale premessa deriva anche come il mercato abbia tendenza alla concentrazione economica, un processo sul quale l'autorità di concorrenza è chiamata a sorvegliare e intervenire.

La contrapposizione tra *adjudication* e *regulation* sulla quale ruota il nostro discorso ha quindi implicazioni più articolate, coinvolgendo non solo profili giuridici ed economici ma la stessa impostazione della libertà economica che in entrambi gli approcci fa da sfondo all'intero sistema. Già da queste brevi annotazioni potrebbe essere più chiare le ragioni della scelta di questi due termini quali coordinate per lo svolgimento delle nostre riflessioni.

I due termini vanno però ulteriormente chiariti in via propedeutica al discorso più approfondito. Per *adjudication* si fa riferimento solitamente a una decisione che riguarda una disputa tra privati, la soluzione della quale è affidata a un giudice che applica una norma generale e astratta. Si tratta di un intervento ex post, un intervento cioè che avviene in seguito al sorgere della disputa su fatti concreti già avvenuti, per stabilire se tali fatti siano compatibili oppure in violazione della norma. Per *regulation* invece si fa riferimento per lo più alla definizione di regole di comportamento stabilite e applicate da una autorità in una prospettiva ex ante, cioè prima che determinati comportamenti vengano posti in essere o che sia emerso un conflitto tra soggetti. È una tendenza che porta a una progressiva amministrativizzazione del diritto, non a caso testimoniata dalla diffusione delle autorità amministrative e dal crescente numero di poteri loro attribuiti.

Si tratta evidentemente di due visioni del tutto contrapposte ma la loro filosofia di fondo e alcuni strumenti concreti che la riflettono si possono rinvenire nel modo i cui

viene attuata la politica antimonopolistica, di volta in volta si nota la prevalenza dell'una o dell'altra a seconda del momento storico, dell'evoluzione socio economica e del clima culturale delle diverse epoche. La consapevolezza di questo stato di cose porta a concludere che l'antitrust ha una natura ibrida, si regge su un equilibrio instabile tra queste due tendenze.

È alla luce di queste stesse coordinate che si può leggere l'evoluzione dell'antitrust come parte della relazione che si determina tra lo Stato e il mercato, e il modo stesso in cui è cambiata la concezione dell'intervento pubblico in economia.

§ 2. Il verificarsi di uno dei cambiamenti nelle variabili socio economiche di fondo induce a domandarsi dell'adeguatezza delle regole in vigore o quanto meno del modo in cui sono state interpretate e applicate fino a quel momento. Questo sovente si traduce nella richiesta di nuove regole, sul presupposto che quando sembra che qualcosa non vada per il verso giusto o semplicemente non rientri nelle abitudini consolidate debba avere una soluzione normativa, richieda un intervento dello Stato⁴. E in effetti si è assistito nel corso del tempo sia a un incremento degli strumenti messi a disposizione delle autorità antitrust sia a una modifica dell'applicazione delle norme esistenti.

I tre stadi che abbiamo citato in precedenza possono essere ricondotti ai seguenti cambiamenti:

- a) con la seconda rivoluzione industriale tra la fine del diciannovesimo e l'inizio del ventesimo secolo si affermano le figure dei grandi capitani d'industria; le ferrovie assumono un ruolo cruciale nel collegare il luogo della produzione e quello del consumo dei beni. Il periodo di tumultuoso sviluppo economico accanto agli effetti positivi rivela anche alcuni problemi derivanti da un sistema nel quale il potere economico e quello politico si concentrano in poche mani e ci si accorge delle diseguaglianze sociali che tale sistema aveva creato accanto al benessere;

⁴ *"the belief that every new social disorder can be remedied by adding another statute ... the law eliminates the problem...until another evil arises and is disposed of in the same way"* Letwin W., 1959, *"Law and Economic Policy in America"*, Chicago: The University of Chicago Press.

- b) la crisi economica degli anni settanta del novecento, attribuita almeno in parte a un eccesso di intervento pubblico nell'economia con la conseguente richiesta di liberare l'economia da tale soffocante sistema di iper-regolazione, compreso un interventismo antitrust. Muta il contesto politico-culturale relativo ai rapporti tra lo Stato e il mercato e l'antitrust è un campo nel quale tale mutamento si manifesta in maniera evidente;
- c) infine, la rivoluzione digitale e il ruolo centrale assunto dalle piattaforme a partire dall'inizio del terzo millennio, assimilate nel ruolo svolto a quello delle ferrovie agli inizi del novecento a causa del loro potere di intermediazione; i *dati* che sono considerati come il nuovo petrolio e conferiscono un potere nuovo in capo a chi li detiene e riesce ad accumulare.

Il dibattito teorico e le forme della tutela della concorrenza che sono state ad esso collegate hanno manifestato un andamento a pendolo dell'intervento statale, da un interventismo più o meno marcato nella prima fase per passare a un momento di deciso riflusso nella seconda e riprendere in seguito l'onda espansionistica che è ancora in atto.

§ 3. La prima fase: setting the stage. La prima fase alla quale facciamo riferimento la si può collocare dal 1890, anno di approvazione dello Sherman Act, prima legge antitrust, fino alla rivoluzione della scuola di Chicago che inizia ad affermarsi dagli anni '70 del novecento. All'interno di questo periodo si possono individuare due ulteriori momenti, quello connotato appunto dallo Sherman Act e quello segnato dalla approvazione nel 1914 delle altre due leggi fondamentali dell'antitrust americano: il Clayton Act e il Federal Commission Act. Si può schematicamente dire che mentre lo Sherman Act rimane legato a un approccio giudiziario, il Clayton Act e il Federal Trade Commission Act compiono una *svolta* regolatoria. Da quel momento in poi la vicenda dell'antitrust correrà su questi due binari, giudiziario e amministrativo.

Lo Sherman act si articola su due tipologie di violazione: da un lato le intese restrittive della concorrenza e dall'altra la monopolizzazione. Si tratta di comportamenti che vengono colpiti ex post.

Le leggi del 1914 introducono tra le altre cose due tipologie di violazione che tendono al trattamento regolatorio. La prima è quella delle operazioni di concentrazione

(fusioni e incorporazioni) prevista dal Clayton Act; la seconda è quella delle “*unfair practices*” sanzionata dalla Section 5 del Federal Trade Commission Act. In che senso si può dire che queste norme favoriscono un approccio di tipo regolatorio? La prima perché nonostante sia teoricamente suscettibile di un controllo ex post, effettivamente adottato originariamente negli Stati Uniti, un controllo efficace può avvenire solo ex ante. Un ordine di dissoluzione di una impresa frutto di una operazione di concentrazione, soprattutto se intervenuto in un momento distante dall’operazione stessa, non sarà in grado di ricostituire la situazione originaria, rendendo irrimediabile il danno eventualmente provocato. E tale danno non si concretizza in effetti specifici ma in alterazioni della struttura del mercato. Il controllo ex ante ha quindi da un lato natura prospettica, ipotizza quanto potrà accadere in futuro, dall’altro riguarda la valutazione su una struttura virtuosa o meno.

La seconda norma a sua volta ha una formulazione sostanzialmente vaga grazie al riferimento al criterio della *fairness* che non ha un richiamo di natura tecnica. Ne segue che l’autorità deciderà la compatibilità di un comportamento con quel criterio in maniera sostanzialmente discrezionale, come è tipico di una autorità amministrativa che sceglie in base al parametro dell’idoneità di un comportamento a soddisfare un interesse pubblico, piuttosto che del modo di decidere del giudice ordinario che si avvale del parametro di una norma di condotta generale e astratta per verificarne l’eventuale violazione.

L’evoluzione della applicazione di queste norme in particolare segnerà l’ondeggiare dell’asse tra giurisdizionale e regolatorio e oggetto del confronto tra Chicago e neo Brandeis nella attuale fase del dibattito.

Da questi brevi cenni si può trarre una prima conclusione, quella per cui la disciplina di tutela della concorrenza presenta fin dall’inizio una sostanziale ambiguità di fondo tra i due modelli. Meglio, è una combinazione di due anime difficilmente conciliabili almeno in teoria.

È normale che l’equilibrio tra questi due modelli venga interpretato in modi molto diversi e vengano applicate soluzioni differenti. È rintracciabile un atteggiamento con il quale si cerca di *assorbire* l’intera normativa in uno solo dei due modelli. In particolare questa tendenza è evidente nell’approccio della scuola di Chicago che converte l’intera materia al modello di *adjudication* volto a realizzare un obiettivo di

efficienza. Una diversa impostazione è invece quella che vede i due approcci come legati l'un l'altro. La componente *regulatory* è in questa visione nient'affatto estranea ma complementare, necessariamente complementare a quella di *adjudication*, da sola ritenuta insufficiente.

Il sistema deve reggersi di entrambi i pilastri per svolgere il compito di realizzare il ruolo di *charter of economic liberty*⁵.

Emerge probabilmente meglio in questo modo il significato del paradosso antitrust per gli uni e per gli altri. La contaminazione di elementi estranei all'efficienza, atteggiamento proprio dell'antitrust della prima fase, secondo Chicago avrebbe portato a sovvertire il controllo antitrust contraddicendone l'obiettivo fissato dal legislatore; per i neo Brandeis sarebbe stata invece la mancanza di un orizzonte più ampio ad avere *pervertito* l'uso dell'antitrust.

§ La *progressive era* e l'antitrust. La prima fase alla quale abbiamo accennato come detto si inserisce nel clima di quella alla quale si fa riferimento comunemente come *progressive era*. Quali sono i tratti caratteristici di questa epoca e come si riflettono nell'antitrust?

L'adozione dello Sherman Act si inserisce in un contesto nel quale era prevalente un sentimento di diffusa ostilità nei confronti della concentrazione economica che era il riflesso della mentalità populista propria di una società basata essenzialmente sull'agricoltura, e ne rifletteva i valori.

La rivoluzione industriale e l'urbanizzazione avevano progressivamente spiazzato quella società e il genere di economia basata su piccoli produttori sulla quale si articolava.

Il sentimento di ostilità contro le imprese di grandi dimensioni (più in generale contro le *corporations*) richiedeva una risposta politica che si concretizza tra l'altro nella approvazione dello Sherman Act.

Non c'era però una posizione chiaramente prevalente nel dibattito relativo al ruolo dei *trusts*, una valutazione univoca sugli effetti della loro attività e le possibili soluzioni al problema, quindi anche sul modo di applicare la nuova normativa antimonopolistica alla concentrazione economica.

⁵ L'espressione della Corte in *Northern Pacific R. Co. v. United States* 356 U.S. 1,4 (1958).

Quanto accaduto nell'ambito della così detta Chicago Conference on Trusts del 1899 è una finestra sulla molteplicità di posizioni⁶, alcune avverse in linea di principio ai trusts, altre che ne ammettono il ruolo di riduzione dei costi, altre ancora che pur ammettendo questo sostengono che non vi sia evidenza che ciò si traduca in prezzi più bassi, ed anzi che ai trusts siano associati prezzi più alti, e così via. Ma nemmeno nella indicazione dei rimedi si registrava unanimità di consensi sul fatto che lo Sherman Act fosse quello più adatto, molti ritenendo che sarebbe stato meglio il ricorso al diritto societario (o anche al sistema tariffario) per attaccare i *trusts*.

Va tenuto presente che la questione si inseriva in un contesto di forti tensioni sociali così che le soluzioni riformiste proprie della *progressive* era avevano anche lo scopo di stemperare gli estremismi di segno opposto, quello socialisteggiante e quello libertario⁷.

Non esisteva, inoltre, una concezione univoca del fenomeno concorrenziale, quale ne fosse la natura e che funzione fosse chiamato a svolgere. La teoria economica non forniva strumenti adeguati e anzi l'eredità liberale classica vedeva il mercato come un sistema che lavorava al meglio quanto meno lo si toccava, e la regolazione doveva essere una soluzione residuale, necessaria solamente in casi particolari.

La differenza di opinioni che pure si manifestavano tra gli economisti a proposito del *laissez faire* si risolvevano in una posizione sostanzialmente agnostica per la quale la concentrazione industriale, in una logica di sapore darwinista, è un fenomeno natura e quindi non può essere eliminata per legge⁸.

Questa posizione non escludeva a priori che si potessero introdurre delle regole per frenarne le conseguenze più indesiderabili ma un favore maggiore per l'intervento regolatorio si manifesta solamente, come spesso accade, in seguito alla crisi del 1893 e alla conseguente recessione⁹ e all'entrata in scena di una nuova generazione di economisti cresciuti nella mentalità riformista.

⁶ Il tema è sviluppato in Hovenkamp H.J., 2022, "The Invention of Antitrust", *All Faculty Scholarship*. 2933.

⁷ Peritz R.J.R., 1996, "Competition Policy in America, 1888-1992", New York: Oxford University Press.

⁸ Letwin W., 1959, "Law and Economic Policy in America", Chicago: The University of Chicago Press pp. 71-77.

⁹ Hovenkamp H., 1991, "Enterprise and American Law 1836-1937", Cambridge, Mass. : Harvard University Press, pg. 106.

Anche l'affermarsi del marginalismo, che scalza l'economia classica, contribuisce a questa evoluzione.

L'impatto di questa rivoluzione copernicana nella teoria del valore, col passaggio dalla centralità del costo di produzione a quella dell'utilità marginale, non sembra che abbia un impatto immediato ma fornisce le basi per ulteriori sviluppi in linea con la mentalità propria dell'era progressista. Il marginalismo permette in qualche modo la misurazione del valore in una logica che favorirà l'approccio regolamentare e la prescrizione di comportamenti efficienti.

Il marginalismo apre la strada alla individuazione delle condizioni per il funzionamento dei diversi mercati, così come delle diverse variabili che incidono sul funzionamento stesso. Tutto questo si tradurrà nella convinzione che il mercato non sia un fenomeno *naturale* come nella visione del darwinismo sociale ma una istituzione posta in essere dall'uomo tramite le regole giuridiche che ne presiedono il funzionamento. E se tali regole si rivelano insufficienti a garantirne il buon andamento perché in contrasto con le leggi dell'economia, allora bisogna cambiarle. Il mercato è suscettibile di andare incontro a dei fallimenti. Quindi, se da un lato i nuovi strumenti teorici mettono in luce i possibili difetti del mercato, possono guidare anche la correzione del modo in cui lo Stato interviene.

Non ci sono conseguenze immediate di questo mutamento di clima culturale sulla applicazione delle norme antitrust appena introdotte ma vengono gettate le basi per gli sviluppi futuri e per un apparato di giustificazione teorica degli sviluppi stessi.

Il fervore riformista al quale abbiamo fatto cenno come una delle caratteristiche di fondo della *progressive era* si esprime in una molteplicità di ambiti della società.

Una delle caratteristiche dell'atteggiamento della *progressive era* nei confronti della concentrazione economica è quella di collegare il problema a quello della democrazia.

Il potere economico è in grado di condizionare il potere politico e la compressione degli spazi di libertà all'azione individuale sul piano economico si riproducono parimenti su quello politico, riducendo i canali per far sentire la propria voce da parte di coloro che sono esclusi da quelle forme di potere.

Ma se il problema della concentrazione economica ha un riflesso politico, allora questa connessione comporta la necessaria considerazione di valori *politici*, comunque extraeconomici, accanto a quelli puramente economici nella applicazione delle regole

antitrust.

Tale commistione rimarrà uno dei punti controversi nel dibattito successivo e segnerà l'andamento nelle tre fasi.

L'ultimo aspetto caratteristico dell'era progressiva che avrà un impatto rilevante sull'antitrust è quella della istituzione delle autorità amministrative indipendenti per la regolazione dell'economia. È significativo che la prima autorità del genere negli Stati Uniti, la Interstate Commerce Commission, sia stata istituita nel 1887, e rappresenti una parte di un sistema che vedrà tre anni dopo l'approvazione dello Sherman Act. È con il Federal Commission Act che si introduce una autorità amministrativa in un sistema fino a quel momento *gestito* dalla giustizia ordinaria, cioè dall'Antitrust Division del Department of Justice per la istruzione del caso e dal giudice ordinario per la decisione. Con l'istituzione della Federal Trade Commission quest'ultima può prendere direttamente dei provvedimenti che poi potranno essere impugnati di fronte al giudice. Ma questo non è il punto determinante. Quello che rappresenta un cambiamento sostanziale è l'affermarsi dell'idea che la Federal trade Commissione possa essa stessa creare delle regole.

È uno spostamento significativo nella mappatura dei poteri ma che si inserisce in un processo di amministrativizzazione del diritto di più ampia portata, che non coinvolge insomma il solo diritto antitrust; un processo così incisivo da indurre a teorizzare l'esistenza di un cambiamento nella stessa natura del rapporto tra lo Stato e l'economia, quello della nascita dello Stato regolatore al posto dello Stato produttore¹⁰.

§ Le prime applicazioni. L'assenza di una tradizione antitrust al momento della adozione dello Sherman Act ha favorito la ricerca di strumenti interpretativi per analogia nella storia del common law. Questa tradizione si basava sull'idea che la concorrenza consistesse sostanzialmente nella libertà contrattuale e la sua violazione nella compressione della libertà contrattuale stessa.

Con il passare del tempo e l'influenza del pensiero progressista sono emersi i limiti di un approccio basato esclusivamente sull'equazione tra concorrenza e libertà contrattuale tout court. Una applicazione rigida di questo assunto avrebbe finito per

¹⁰ La Spina A., Majone G., 2010, *“Lo Stato Regolatore”*, Bologna: Il Mulino.

scardinare lo stesso diritto dei contratti, visto che un contratto per definizione delimita la libertà dei contraenti e quindi la concorrenza. Il punto è stato sollevato esplicitamente dal Justice Brandeis in una delle sentenze più note di questa fase, e in seguito più controverse, quella del caso *Chicago Board of Trade* del 1918¹¹.

Una delle conseguenze paradossali di una applicazione rigida del criterio della libertà contrattuale era quella di considerare ad esempio la stessa rappresentanza sindacale alla stregua di una *combination in restraint of trade* e quindi teoricamente vietata¹². Insomma l'applicazione di un criterio del genere fino alle sue estreme conseguenze avrebbe condotto a esiti inaccettabili e contraddittori.

Per trovare un fondamento più solido dell'intervento antitrust si rendeva necessario pertanto allargare l'orizzonte, e individuare un criterio maggiormente articolato rispetto a quello della sola libertà di contratto. Emerge quindi inizialmente l'adozione della *rule of reason* finalizzata a distinguere le restrizioni lecite da quelle illecite in base al criterio della loro *ragionevolezza*.

Ma per dare a sua volta un contenuto al criterio della ragionevolezza era necessario chiarire quale fosse l'obiettivo perseguito dal legislatore con l'adozione dello Sherman Act. Affinché una intesa restrittiva sia ritenuta ragionevole bisogna infatti dimostrare che sia necessaria a realizzare l'obiettivo di fondo che ha portato all'adozione della legislazione antimonopolistica. Ancora una volta si torna sul tema delle finalità della legge.

Uno degli ambiti nei quali l'applicazione dell'antitrust ha avuto una applicazione fin dalle origini è quella del settore ferroviario. Le ferrovie rappresentavano uno dei maggiori problemi, uno dei principali esempi di concentrazione di potere economico solo in parte affrontato con la istituzione della Interstate Commerce Commission. Il tema era quello dei prezzi troppo elevati per il trasporto delle merci ai mercati di sbocco. La regolazione diretta era volta a garantire tariffe *fair* per tutelare gli utilizzatori delle ferrovie contro i prezzi eccessivi di trasporto.

Sul versante antitrust la questione si presentava in particolare sotto le vesti degli

¹¹ *Chicago Board of Trade v. United States* 246 U.S. (1918).

¹² Non è casuale che per risolvere la questione verrà introdotta una labor exemption clause.

accordi tra imprese sulle tariffe. Viene affrontata decisamente nel caso *Trans Missouri* del 1897¹³ dove viene affermata la illiceità per se dei cartelli, principio ribadito nella sentenza *Joint Traffic* dell'anno successivo¹⁴.

Si afferma così un principio generale per il quale la libertà di contratto può essere circoscritta per favorire la concorrenza che assume pertanto un significato diverso rispetto alla semplice libertà contrattuale. Nel caso specifico delle ferrovie il divieto dei cartelli si rivelerà nei fatti sostanzialmente inutile vista la fragilità intrinseca di tali accordi, almeno in quel particolare settore¹⁵. Le imprese si volgono allora a cercare un sistema diverso di eliminazione della concorrenza, che si concretizzerà in una *merger wave* tra il 1895 e il 1904 che condurrà a una forte concentrazione del mercato¹⁶.

Lo spostamento dal ricorso ai cartelli, ora chiaramente proibiti, alle operazioni di concentrazione metteva peraltro in luce l'esistenza di un *bucò* nel sistema di tutela concorrenziale. Emergeva pertanto l'idea per cui occorre affiancare alle norme su intese restrittive e monopolizzazione una disciplina di controllo delle operazioni di concentrazione. Ed è quanto avverrà appunto nel 1914 con il Clayton Act. In altri termini, la tutela della concorrenza basata esclusivamente sulla disciplina delle forme contrattuali aventi per oggetto i prezzi sembra che abbia per sua stessa natura la necessità di un complemento normativo maggiormente regolatorio/strutturale per essere realmente efficace e *chiudere* il sistema.

Un secondo cardine della prima fase dell'evoluzione antitrust è quello dell'attacco alle grandi dimensioni d'impresa. Questo era frutto largamente del sentimento del movimento populista sull'onda del quale era stato approvato lo Sherman Act. Ma una azione concreta in questa direzione avviene solo in un periodo successivo rispetto a quello collocato strettamente a ridosso dell'approvazione della legge antitrust. Ancora nel 1895 la Corte Suprema aveva dichiarato che possedere il 98 per cento di un

¹³ United States v. Trans- Missouri Freight Assn , 166, (1897).

¹⁴ Unites States v Joint Traffic Association, 171, (1898).

¹⁵ Cfr. Rothbard M.N., 2017, "*The Progressive Era*", Auburn , Ala.: Mises Institute

¹⁶ Hovenkamp H.1991, "*Enterprise and American Law 1836-1937*", Cambridge, Mass. : Harvard University Press..

mercato non andava in violazione della legge antitrust¹⁷.

Il caso Standard Oil del 1911 è emblematico in questo senso anche perché da un lato manifesta l'atteggiamento di ostilità nei confronti delle grandi imprese e dell'esercizio del potere di mercato che esse detengono, una ostilità che si concretizza nel ricorso a un rimedio strutturale radicale; dall'altro perché è da una riconsiderazione interpretativa dello stesso caso che verrà posto uno dei pilastri della revisione dell'antitrust operata dalla scuola di Chicago.

Una delle caratteristiche del caso è che all'epoca da tempo si premeva per un intervento contro la Standard Oil invocando la *ragion di Stato* piuttosto che la legge, una motivazione quindi politica che rifletteva il sentimento pubblico avverso alla compagnia piuttosto che la verifica dell'esistenza di una violazione antitrust in senso stretto¹⁸. Se non esclusivo, questo aspetto ha sicuramente influito sull'esito della controversia.

Un profilo ulteriore si deve notare con riferimento a questo caso. Sullo sfondo si fa largo l'idea che una grande impresa non possa far ricorso a una concorrenza *vigorosa* sui prezzi¹⁹. Uno stesso comportamento, pertanto, da lecito si trasforma in illecito se a porlo in essere è una grande impresa. Le dimensioni in qualche modo contano di per sé.

È con la campagna elettorale presidenziale del 1912 che l'atteggiamento da tenere nei confronti dei grandi trusts diventa centrale, probabilmente anche in conseguenza della citata *merger wave*. L'attivismo antitrust inizia sotto la presidenza di Theodore Roosevelt il quale assume peraltro un atteggiamento pragmatico: i grandi gruppi sono manifestazione dell'evoluzione dell'economia, non vanno smembrati ma regolati. Nasce la distinzione tra monopoli buoni e cattivi.

È in quello stesso periodo che emerge la figura di Woodrow Wilson con il suo consigliere economico Louis Brandeis che spostano l'asse dalla regolazione dei monopoli a quella della regolazione della concorrenza.

È una specie di rivoluzione copernicana. Viene messo in dubbio, detto altrimenti,

¹⁷ Wilson K., 2020, "1912: When antitrust views collided in a presidential election", <https://www.cascadepbs.org/opinion/2020/11/1912-when-antitrust-views-collided-presidential-election>

¹⁸ Sklar M.J., 1988, "The Corporate Reconstruction of American Capitalism, 1890-1916", Cambridge UK: Cambridge University Press, pg.373.

¹⁹ Bork R.H., 1978, pg. 39.

l'assunto fino ad allora prevalente che il mercato di per sé funzionasse bene e occorresse colpire solo le eventuali deviazioni e distorsioni. Inizia ad affermarsi la convinzione che la concorrenza stessa vada regolata e guidata per realizzare obiettivi desiderabili socialmente e goderne dei benefici.

Si delinea il concetto strutturalista di *no fault monopolization*²⁰. E' un filone interpretativo che vuole superare la distinzione tra monopoli *buoni* e *cattivi* che un po' richiamava nel contesto della monopolizzazione la distinzione tra intese restrittive *reasonable* e non. In fondo le grandi sono un pericolo in sé, per il corretto sviluppo del processo di mercato anche per gli effetti *politici* che possono determinare²¹. E il mercato tende a creare situazioni del genere che vanno controllate e se possibile prevenute.

È naturale pertanto che da questo clima culturale scaturisse la legislazione del 1914 e la sua connotazione regolatoria. La percezione delle carenze dello Sherman Act ad affrontare tutti i problemi per la concorrenza che sono emersi nella fase immediatamente successiva alla sua approvazione ha indotto quindi a rafforzare il sistema con una legislazione aggiuntiva complementare a quella iniziale che riflette l'atteggiamento tipico della *progressive* e degli economisti formati in quel periodo, di impronta decisamente più interventista rispetto a quelli dell'epoca precedente.

L'introduzione di una normativa di controllo delle operazioni di concentrazione con la section 7 del Clayton Act sposta l'attenzione dagli effetti di comportamenti messi in atto alla previsione di ciò che potrà verificarsi in futuro se certi comportamenti, in quanto tali innocui, venissero posti in essere nel presente.

Da una visione *ex post* si transita a una *ex ante*²².

Il passo è breve per adottare un atteggiamento che potremmo ricondurre alla logica precauzionale: la possibile deriva verso la concentrazione del mercato può essere fermata in anticipo, prima cioè che produca effetti.

Nel 1950 il Clayton Act viene modificato²³ in modo da estenderne la portata sia per

²⁰ Lande R.H., Zerbe jr R.O., 2020, "The Sherman Act is a No-Fault Monopolization Statute: A Textualist Demonstration", *American University Law Review*, vol. 70, pp. 497-588.

²¹ Lao M., 2020, "No Fault Digital Platform Monopolization", *William & Mary Law Review*, vol. 61, issue 3, pp. 755-814.

²² Questo per la prospettiva di valutazione sostanziale. La valutazione *ex ante* dal punto di vista giuridico viene *codificata* nel 1976 con l'introduzione dell'obbligo di pre-notifica imposto dallo Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act.

quanto riguarda il contenuto dell'operazione di concentrazione (includendo l'acquisto di *asset* nell'orizzonte di applicazione della legge) sia per i soggetti coinvolti, così che non solo le operazioni di concentrazione orizzontale (tra concorrenti) ma anche quelle verticali (tra soggetti posti a livelli diversi della produzione) e conglomerate (tra soggetti che operano su mercati diversi) finiscono sotto la lente del *merger control* ²⁴.

Il caso Brown Shoe costituisce il primo caso in cui la Corte Suprema interpreta appieno la legge come modificata nel 1950²⁵ cercando di fornire uno standard legale di interpretazione. Il punto di maggior rilievo, anche per le conseguenze che avrà in seguito è l'adozione del criterio della *incipiency*: obiettivo del merger control dovrebbe essere non tanto quello di vietare una operazione che rafforza un grado di concentrazione già consolidato, quanto piuttosto quello di impedire la concentrazione dell'economia, quindi ostacolare il processo di concentrazione bloccando le *mergers* che innescano tale processo, quando pertanto il processo di concentrazione è agli inizi anche se l'operazione di per se nel suo impatto immediato può considerarsi innocua²⁶.

La visione prospettica ne esce radicalmente rafforzata. In questo modo anche una fusione tra imprese che detengono quote di mercato molto basse può essere considerata pericolosa per la concorrenza, come appunto avvenuto nel caso dell'acquisizione da parte di Brown della Kinney, quando le quote erano rispettivamente del 44 e dello 0.5 per cento rispettivamente. Non solo, ma in questa sede il criterio della *incipiency* viene adottato anche nella valutazione di una operazione di concentrazione verticale, che per il fatto di non coinvolgere concorrenti diretti tendono ad essere considerate operazioni con minore impatto anticoncorrenziale o addirittura del tutto innocue²⁷.

²³ Dal Celler Kefauver Act.

²⁴ Secondo una critica particolarmente severa, l'interventismo in economia tende a riprodursi. La estensione dell'area di *copertura* del controllo delle concentrazioni ne sarebbe un esempio. Sul tema generale cfr. Mises L., 2011 [1976], "*A Critique of Interventionism*", Ludwig von Mises Institute <https://cdn.mises.org/Critique%20of%20Interventionism%2C%20A%203.pdf>

²⁵ Jones B.J., 1962, "The New Thrust of the Antimerger Act: the Brown Shoe Decision", *Notre Dame Lawyer*, vol. xxxviii, n.3, pp. 229-243.

²⁶ Posner R.A., 1976, "*Antitrust Law. An Economic Perspective*", Chicago: The University of Chicago Press, pg. 100.

²⁷ Fino al 1947, quindi quasi sessant'anni dopo l'adozione dello Sherman Act, nessun caso di combinazione verticale era stato preso in considerazione cfr. Blackford J.C., 1965, "Vertical Acquisition and Section 7 of the Clayton Act", *Western Reserve Law Review*, vol. 17, pp. 102-132. Per le operazioni di fusione e incorporazione il problema non era sorto almeno fino alla

Lo spostamento dell'asse di intervento verso i profili verticali ridimensiona l'idea che oggetto della tutela antitrust debba essere esclusivamente la concorrenza in senso stretto, quella appunto tra concorrenti diretti, ma si estende a una valutazione più complessiva del mercato nel suo insieme. In altri termini, anche se non c'è eliminazione della concorrenza tra le parti l'operazione può contribuire ad aumentare la concentrazione del mercato in quanto tale in particolare restringendo l'accesso.

Il secondo *filone* innovativo della legislazione del 1914 è quello della crescente discrezionalità attribuita alle autorità di concorrenza, strettamente legata alla istituzione di una autorità amministrativa accanto al percorso tradizionale *giurisdizionale*. L'idea del rafforzamento dell'antitrust delle origini quindi avviene non solo con l'aggiunta di nuovi strumenti a disposizione ma anche con l'ingresso di nuovi soggetti e in particolare di una nuova mentalità.

Con l'adozione del Federal Commission Act, la Section 5 permette di colpire certi comportamenti semplicemente classificandosi come *unfair*, criterio della correttezza piuttosto vago dal punto di vista giuridico, lasciando alla Federal Trade Commission, cioè una autorità amministrativa, il compito di riempire discrezionalmente quella categoria e di adottare dei provvedimenti in base ad essa.

Viene abbandonata definitivamente l'idea che l'interpretazione dell'antitrust potesse fondarsi sul common law, come invece accaduto inizialmente per le intese restrittive. Questo perché in quella prima fase si pensava all'antitrust come a un modo di sanzionare comportamenti in precedenza piuttosto considerati semplicemente come non azionabili in corte, faccende del tutto private. La Section 5 del FTC Act introduce invece una nuova norma il cui contenuto viene a definirsi in base all'applicazione pratica derivante dallo studio concreto dei casi²⁸; tale applicazione concreta si avvale della *expertise tecnica*, elemento caratterizzante della FTC e fa riferimento a un concetto più politico che giuridico, quello del pubblico interesse, e utilizza un criterio etico, quello della *fairness*.

modifica del 1950, precisamente al 1957 con il caso Du Pont General Motors cfr. Peritz R.J.R., 1996, "Competition Policy in America 1888-1992. History, Rhetoric, Law", New York: Oxford University Press, in particolare pg. 215.

²⁸ Khan L.M., 2023, "Section 5 in action: reinvigorating the FTC Act and the rule of law", *Journal of Antitrust Enforcement*, 11, pp. 149-153.

§ **La rivincita dell'adjudication: la rivoluzione di Chicago.** La prima fase di evoluzione dell'antitrust così tratteggiata nei suoi aspetti principali ha quindi una coloritura sostanzialmente politica, nel senso lato del termine, che si manifesta soprattutto nella sua articolazione policentrica. I pilastri del sistema sono chiaramente posti: intese, monopolizzazione dei mercati anche solamente nella fase del tentativo, operazioni di concentrazione non solo intercorse tra concorrenti diretti, pratiche *scorrette*. Ma la lettura di questi ambiti di intervento è politica nel senso che finisce per concretizzarsi in un metodo di valutazione che bilancia interessi diversi per far prevalere di volta in volta quello ritenuto in linea con l'interesse pubblico. È politica nel senso che una impostazione del genere richiama l'attività del legislatore piuttosto che quella del giudice.

Quella che verrà poi definita la scuola di Chicago di antitrust (o più precisamente la seconda scuola di Chicago²⁹) parte dalla convinzione che l'interpretazione policentrica o di pluralismo valoriale abbia comportato esclusivamente confusione e contraddizione. Per rimediare a questo stato di cose occorre individuare un principio fondante dell'antitrust che permettesse di sviluppare una interpretazione coerente, un antitrust considerato in crisi³⁰.

Dal momento che oggetto della disciplina è un fenomeno economico, la concorrenza, quel principio non poteva che essere economico. Al tempo stesso, occorre che si trattasse di un criterio facilmente utilizzabile dai giudici, cioè da soggetti dotati di categorie di natura giuridica e non esperti di teoria economica. Insomma, un principio giuridico a contenuto economico, non un criterio di tecnica economica al quale piegare le norme.

Si tratta di un punto centrale perché invece, sia da parte di alcuni sostenitori di quello che verrà chiamato approccio di *law & economics* sia da parte della maggior parte dei critici dello stesso, l'aver introdotto il ragionamento economico nelle valutazioni antitrust è stata *letta* come una svolta tecnocratica, come se l'economico invece di dare

²⁹ Van Horn R., 2011, "Chicago's Shifting Attitude Towards Concentration of Business Power", *Seattle University Law Review*, vol. 34, pp. 1527-1544.

³⁰ Uno dei lavori *fondanti* la rivoluzione di Chicago si intitola infatti significativamente così. Bork R.H., Bowman Jr. W. S., 1965, "The Crisis in Antitrust", *Columbia Law Review*, vol.63, 3, pp. 363-376.

contenuto alla norma diventasse esso stesso norma e andasse gestito da tecnici, gli economisti, e non da giudici. La teoria economica serve invece, secondo Chicago e coloro che si pongono su una linea analoga, a realizzare un obiettivo fissato dal legislatore nell'adottare la legge antitrust e non stabilito da un tecnico. In questa ottica di interpretazione basata sull'intento originario³¹, secondo la scuola di Chicago il legislatore voleva proteggere il mercato nel suo funzionamento efficiente per realizzare il massimo benessere. L'interpretazione basata sull'intento originario nella convinzione dei suoi fautori serve a distinguere bene il ruolo del giudice da quello della autorità democratica, cioè il parlamento.

Queste premesse sono utili per comprendere radici e sviluppo della scuola di Chicago di antitrust. I primi semi vengono gettati durante i corsi di diritto antitrust tenuti all'università di Chicago da parte di Aaron Director (ed Edward Levi)³². L'approccio *socratico* di Director consisteva nel mettere in dubbio quelli che erano diventati veri e propri luoghi comuni dell'interpretazione delle corti domandandosi se esisteva un fondamento di logica economica che li giustificasse. Questo approccio aveva come primo effetto quello di indurre gli allievi delle sue lezioni a compiere una serie di indagini relative al modo in cui erano stati valutati in passato alla luce della normativa antitrust certi comportamenti delle imprese, rileggendo il tutto alla luce della teoria economica.

Il ragionamento tipico di Chicago parte da due assunti:

- a) Le imprese hanno come obiettivo quello di massimizzare i profitti.
 - b) Esiste un solo ammontare di profitti da monopolio che una impresa può conseguire
- Questi due assunti vanno a colpire l'approccio fino a quel momento adottato nei confronti dei prezzi predatori e del tying.

L'esempio forse più famoso del primo genere di critica è quello al caso già citato della condanna della Standard Oil³³. Nel lavoro di McGee si contesta l'idea che la

³¹ Bork spiega come l'intento originario del legislatore sia la fonte di legittimazione delle decisioni del giudice Bork R.H., 1986, "The Constitution, Original Intent and Economic Rights", *San Diego Law Review*, vol. 23, n.4, pp. 823-832.

³² Sul ruolo svolto da Aaron Director cfr. Peltzman S., 2005, "Aaron Director's Influence on Antitrust Policy", *The Journal of Law and Economics*, vol. 48, n.2, pp. 313-330.

³³ McGee J.S., 1958, "Predatory Price Cutting: the Standard Oil (N.J.) Case", *The Journal of Law and Economics*, vol. 1, october, pp. 137-169.

Standard Oil avesse fatto ricorso a prezzi predatori per eliminare i concorrenti dal mercato. e questo rilievo fattuale sarebbe conseguenza dell'irrazionalità di una condotta del genere. Sarebbe stato meno costoso per Standard Oil, ad esempio, acquisire i concorrenti piuttosto che adottare una strategia di prezzi sottocosto. Anche in assenza di una soluzione del genere, vietata in seguito dalla normativa sul controllo delle concentrazioni³⁴, una tattica predatoria sarebbe eccessivamente costosa tanto da renderla economicamente irragionevole³⁵. Questo perché l'eventuale tentativo di recuperare le perdite intercorse nella fase predatoria sarebbe fallita per la reazione dei concorrenti all'aumento dei prezzi necessario per il *recoupment*. Come si vede questo ragionamento si basa sulla funzione dei prezzi come segnale delle occasioni di profitto e in generale della centralità dei prezzi al modello di concorrenza Chicago style.

L'altro assunto, quello per cui un monopolista può conseguire un solo ammontare massimo di profitti da una posizione di potere di mercato ma non può andare oltre, viene utilizzato dalla scuola di Chicago per contestare la teoria del *leverage* che affermava invece il contrario. È l'attacco al divieto per se del *tying* che era stato a lungo prevalente nelle corti³⁶. La scuola di Chicago dimostra come esistono dei vantaggi di efficienza in quel genere di pratica che si traducono in benefici per i consumatori. La diffusione del *tying* in mercati concorrenziali non si può quindi spiegare *tout court* con l'esistenza di potere di mercato in capo all'impresa che produce il bene *tying*. Inoltre, se tale potere esiste, il massimo dei profitti è già stato conseguito e non si possono usare per monopolizzare un mercato contiguo se questo è concorrenziale.

Insomma, l'uso della teoria economica inizia a scardinare il modo in cui l'antitrust veniva applicato, in particolare nei confronti delle grandi imprese e del loro comportamento.

Ma di quale teoria economica si parla? Chicago usa la teoria dei prezzi di equilibrio parziale di Alfred Marshall. La differenza tra comportamenti concorrenziali e monopolistici corre sul filo degli effetti che tali comportamenti hanno su prezzi e

³⁴ Cfr. ad esempio, sempre in ambito Chicago, Posner R.A., 1976, "*Antitrust Law. An Economic Perspective*", Chicago: The University of Chicago Press, pg. 184 ssgg.

³⁵ Bork R.H., 1978, "*The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*", New York: The Free Press, pg. 149 ssgg.

³⁶ Una analisi in chiave Chicago in Bowman Jr. W.S., 1957, "Tying Arrangements and the Leverage Problem", *The Yale Law Journal*, vol. 67, n.1, pp19-36.

output. Se un comportamento riduce i prezzi e aumenta l'output è sintomo di concorrenza, viceversa se aumenta i prezzi e riduce l'output. Perché ciò è rilevante? Perché finalità ultima dell'antitrust è massimizzare il benessere dei consumatori (*consumer welfare model*) e i consumatori sono beneficiati dalla concorrenza perché essa garantisce prezzi bassi e ciò può avvenire solo se il comportamento delle imprese è efficiente. Come giudicare se l'intervento del giudice è appropriato o meno? In perfetta analogia con quanto appena detto, se tale intervento ha come effetto quello di ridurre i prezzi e aumentare l'output deve essere giudicato positivamente, è pro concorrenziale, altrimenti ha solo l'effetto di ridurre l'efficienza e quindi si pone in contrasto con le finalità che il legislatore ha perseguito adottando la normativa antitrust. Dalle basi poste da Director e dai primi lavori che sono scaturiti dalla sua scuola ottenuti con lo sviluppo delle sue idee, si deve a Robert Bork (soprattutto), Richard Posner e Frank Easterbrook avere fornito l'architettura definitiva del sistema di interpretazione antitrust della scuola di Chicago.

Non è casuale che si tratta di giudici: come abbiamo detto uno dei requisiti di un criterio economico di valutazione è quello di essere usato anche da chi non sia esperto di tecnica economica; inoltre, questo fatto testimonia la scelta di Chicago per una interpretazione dell'antitrust come insieme di regole inserite in un sistema di *adjudication*.

Dagli assunti sopra citati deriva poi una serie di conseguenze:

- a) l'approccio di *adjudication* si occupa di comportamenti e non di strutture.
- b) Il giudice interviene quando vi siano delle distorsioni, delle deviazioni, introdotte da comportamenti proibendo i quali i prezzi si riducono e l'output cresce
- c) Che discende dal precedente, più ci si allontana dalla valutazione di fatti avvenuti e verificabili, più è facile che la decisione del giudice sia errata
- d) Combinando i punti precedenti (e considerando che il mercato di norma funziona bene): il falso positivo è più facile da commettere del falso negativo e più difficile da correggere.

Il sistema dei prezzi ha la funzione di segnalare agli agenti economici eventuali occasioni di profitto oppure la presenza di errori (che si concretizzano in perdite) in modo tale da indurre la modifica dei comportamenti ristabilendo di conseguenza il

corretto andamento del mercato. Nel caso di un falso positivo si inserisce nel sistema un segnale sbagliato al quale si adegueranno gli attori economici incidendo sull'intero sistema. Verrà proibita una categoria di comportamenti che sono efficienti. Nel caso di un falso negativo invece l'errore viene poi *metabolizzato* dal sistema ed eliminato. Questa la posizione della scuola di Chicago.

Il modello di benessere del consumatore deve essere esteso all'intero sistema per fornire quell'unico criterio cercato da Chicago a contrasto del policentrismo prevalente. Occorre quindi ad esempio applicarlo anche alle operazioni di concentrazione che con la loro visione prospettica sembrano difficilmente conciliabili con il modello di base.

Il controllo delle operazioni di concentrazione non solamente si differenzia dal divieto delle intese restrittive per l'adottare una prospettiva *ex ante* ma anche perché introduce un elemento strutturale che si discosta dall'approccio comportamentale tipico della scuola di Chicago e in generale dello schema di *adjudication*.

Per ricondurre la questione allo schema di base, la scuola di Chicago deve innanzitutto scardinare il modello strutturalista e poi ricostruirlo sulle linee del *consumer welfare model*.

Il modello strutturalista aveva iniziato a prendere piede a partire dalla metà degli anni cinquanta del novecento, quando Joe Bain³⁷ aveva sistematizzato e sviluppato le intuizioni di Edward Mason³⁸ degli anni trenta. Il modello traccia un nesso causale tra la struttura del mercato, la condotta che le imprese adottano in quel contesto per *rispondere* alla struttura nella quale si trovano ad operare, e a cascata gli effetti che determina. L'esistenza di un profitto elevato è indice di potere di mercato. Per avere effetti virtuosi occorre incidere sulla struttura, non sui comportamenti.

Assume rilievo centrale il concetto di barriera all'entrata e il sistema si muove in due direzioni contrapposte: le imprese che cercano di erigerne per proteggersi dalla concorrenza, le autorità antitrust che cercano di abbatterle.

È evidente il contenuto regolatorio di una impostazione di questo genere e la concentrazione economica è vista come un problema in quanto tale.

³⁷ Bain J.E., 1951, "Relation of Profit Rate to Industrial Concentration: American Manufacturing 1936-1940", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. LXV, n.3, pp. 293-324.

³⁸ Mason E.S., 1939, "Price and Production Policies of Large Scale Enterprise", *The American Economic Review*, vol. 29, n.1, pp. 61-74.

La scuola di Chicago come detto attacca frontalmente questa impostazione.

L'analisi economica mette in evidenza come la crescita dimensionale non è necessariamente sintomo di monopolio, inteso quest'ultimo come potere sul prezzo, ma dipende il più delle volte dalla maggior efficienza legata allo sfruttamento delle economie di scala. In quanto tale non si tratta di un fenomeno patologico ma fisiologico indice del (buon) funzionamento del mercato.

Il concetto di barriera all'entrata, peraltro, non ha una definizione univoca³⁹ il che rende meno agevole utilizzarlo come criterio di riferimento per costruirci attorno una azione antitrust. Viene da alcuni autori *Chicago oriented* ridimensionato come fa Stigler⁴⁰ fino a ricondurne la significatività alle sole ipotesi di intervento regolamentare o istituzionale⁴¹.

Coniugando queste critiche alla rivalutazione delle dimensioni d'impresa come effetto dell'efficienza, la costruzione struttura-condotta-performance viene rovesciata.

Quale può essere nel nuovo scenario la pericolosità di una operazione di concentrazione e in generale l'elevato grado di concentrazione di un mercato? Il fatto che oltre una certa soglia di concentrazione è più facile il coordinamento tra imprese, alla fin fine che in situazioni del genere alle imprese è più facile stipulare accordi sui prezzi e monitorarne eventualmente il rispetto. Solo a tal fine la concentrazione va attenzionata, sempre quindi con riferimento a comportamenti e più nello specifico a comportamenti che coinvolgono i prezzi.

Da quanto detto si può spiegare facilmente come uno dei casi maggiormente controversi dell'era precedente secondo la scuola di Chicago fosse il già citato caso Brown Shoe, sintesi della maggior parte degli errori dell'era precedente: approccio politico che tutela i piccoli produttori senza alcuna indagine sull'impatto sui consumatori (anzi, sacrificio degli interessi dei consumatori); condanna di una integrazione verticale che comporta un incremento di efficienza; approccio fortemente orientato a possibili sviluppi futuri secondo il principio dell'incipiency.

³⁹ Sulla molteplicità di significati attribuiti al fenomeno cfr. McAfee R.P., Mialon H.M., Williams M.A., 2004, "What is Barrier to Entry?", *The American Economic Review*, may, vol. 94, n.2, pp. 461-465.

⁴⁰ Cfr. la raccolta Stigler G.J., 1968, "*The Organization of Industry*", Chicago: The University of Chicago Press.

⁴¹ Cfr. Demsetz H., 1982, "Barriers to Entry", *The American Economic Review*, March, vol. 72, n.1, pp. 47-57.

Ma come si applica il modello di *consumer welfare* alle operazioni di concentrazione? Si parte dalla constatazione che il concetto di consumatore riguarda tutti i soggetti economici, anche i produttori che a loro volta sono consumatori di beni finali. Ora, una operazione di concentrazione eliminando un soggetto dal mercato può tradursi in certe circostanze in una riduzione dell'output e quindi della rendita del consumatore del bene oggetto dell'operazione. Ma al contempo questa può permettere dei guadagni di efficienza tramite la riduzione dei costi di produzione. Questo guadagno di efficienza corrisponde a un maggior benessere per la collettività in quanto le risorse scarse disponibili vengono utilizzate meglio, allocate dove hanno una valutazione superiore. Prima dell'operazione c'era uno spreco.

Il modello di consumer welfare si modifica in quello di welfare trade off elaborato da Oliver Williamson⁴². Se la riduzione del benessere del consumatore del bene oggetto dell'operazione di concentrazione è inferiore al guadagno di efficienza, allora l'operazione apporterà un incremento del benessere per la collettività e verrà ammessa, viceversa nel caso opposto.

Di fatto in questo modo si passa da un modello di consumer welfare in senso stretto a uno di *total welfare*.

L'efficienza diventa quindi il test per valutare la compatibilità di ogni condotta delle imprese sul mercato con il benessere collettivo in base all'obiettivo perseguito dal legislatore.

In sintesi, la fattispecie *peggiore* è quella dei cartelli perché incide direttamente sui prezzi; le operazioni di concentrazione orizzontale (tra concorrenti) sono anticoncorrenziali quando determinano una riduzione del benessere in senso complessivo; le operazioni di concentrazione verticale (tra soggetti posti a livelli diversi del processo produttivo) sono lecite in via presuntiva in quanto aumentano l'efficienza.

§ Il pendolo torna indietro: i neo Brandeis.

La necessaria semplificazione del percorso che stiamo tracciando non nega che

⁴² Williamson O. E., 1968, "Economies as an Antitrust Defense: the Welfare Tradeoffs", *The American Economic Review*, March, vol. 58, n.1, pp. 18-36.

l'affermazione della scuola di Chicago abbia incontrato delle opposizioni e che ci sia stato un adeguamento completo ai suoi dettami. È però vero che l'innegabile affermazione del ruolo dell'approccio economico in antitrust si deve ad essa, così come la revisione di una serie di divieti tout court spostati nell'ambito della *rule of reason*.

La rivolta del così detto approccio post Chicago ha avuto breve durata e un impatto sostanzialmente ridotto. La elaborazione dottrinale ha sovente assunto posizioni critiche ma per lo più ci si è spostati all'interno del modello di *consumer welfare*, si pensi ai lavori di Herbert Hovenkamp e, anche se con una maggiore presa di distanza, Eleanor Fox. Si tratta inoltre di posizioni largamente circoscritte all'ambito accademico.

Più di recente la critica ha assunto toni più radicali e una capacità di impatto nell'*enforcement* più deciso che in passato.

La radicalità consiste nel fatto che non è una critica ad alcuni *pezzi* del sistema Chicago ma alle fondamenta dello stesso, che è considerato irrimediabile. Secondo questo approccio per correggere gli errori e gli estremismi dell'antitrust di Chicago non è sufficiente modificarlo ma occorre sovvertirlo. E ciò, innanzitutto, consiste in primis nell'abbandono del modello del *consumer welfare* e della centralità dell'efficienza come criterio fondante dell'antitrust⁴³.

La capacità di impatto del nuovo approccio dipende dal ruolo istituzionale di cui godono alcuni suoi rappresentanti. Una delle ragioni di successo della scuola di Chicago dipendeva dal fatto che i suoi principali sostenitori erano giudici, così che potevano tradurre le loro teorie nella prassi dell'*enforcement*. Nel caso del nuovo movimento alcuni dei suoi rappresentanti assumono ruoli istituzionali. In particolare, Lina Khan è stata nominata presidente della FTC e Jonathan Kanter *assistant* al DOJ per l'antitrust. In altre parole, in posizioni nelle quali sono in grado di incidere non solo sulla dottrina ma anche sulla applicazione concreta dell'antitrust. Tim Wu a sua volta è stato consigliere della Casa Bianca.

Il movimento è comunemente chiamato neo Brandeis per il riferimento esplicito che i

⁴³ Tim Wu, 2018, "After Consumer Welfare, Now What? The Protection of Competition Standard in Practice", *Competition Policy International, Columbia Public Law Research Paper*, 14-608.

suoi rappresentanti fanno al giudice Brandeis, uno dei principali esponenti della *progressive era* che aveva come elemento caratterizzante l'attacco alla concentrazione di potere qualunque veste assumesse, economica o politica.

La critica neo Brandeis parte dal l'osservazione di un duplice fenomeno: negli ultimi decenni si è assistito a un crescente processo di concentrazione dell'economia americana con diseguaglianze sempre più marcate e compressione dei salari; la valutazione dell'antitrust circoscritta alle conseguenze di efficienza delle diverse condotte che si è affermata con la scuola di Chicago ha trascurato il potenziale anticoncorrenziale di una serie di operazioni di concentrazione (soprattutto quelle verticali), di comportamenti come la discriminazione di prezzo o la fissazione dei prezzi di rivendita. Questo secondo fenomeno avrebbe contribuito a determinare il primo.

Utilizzare l'efficienza come unico criterio indebolisce il controllo antitrust perché non tiene conto di tutta una serie di dimensioni cruciali per il corretto svolgimento del processo concorrenziale ma che non si concretizzano direttamente in effetti sul prezzo; si tratta di aspetti come la varietà dei prodotti e la molteplicità dei venditori ai quali potersi rivolgere, dimensioni che incidono innegabilmente sul benessere dei consumatori.

Occorre quindi invertire la tendenza innescata da Chicago e porre di nuovo l'antitrust al centro della scena per la difesa del processo concorrenziale. Questo deve avvenire agendo lungo due direttrici: estendendo il controllo a fattispecie nel tempo trascurate da un lato; introducendo nuovi strumenti di intervento dall'altro.

In particolare, l'approccio di *adjudication*, se pur importante, non è sufficiente e deve essere affiancato da un approccio di *regulation*. Accanto ai comportamenti va considerata la struttura del mercato. Le grandi dimensioni sono problematiche sia sotto il profilo economico ma anche sotto quello politico: non vanno demonizzate in sé ma devono essere oggetto di particolare attenzione, il che vuol dire regolarle. Viene così in fondo a riprendersi la distinzione tra monopoli buoni e cattivi.

La multidimensionalità del processo concorrenziale comporta altresì il ritorno a una visione policentrica della concorrenza e del mercato che secondo i neo Brandeis sarebbe quella originaria e autentica. Occorre ricollegare profilo economico e politico, questo sotto due aspetti: quello della valutazione dei diversi valori incorporati

nell'antitrust e quello degli effetti che la concentrazione economica può avere sul funzionamento della democrazia.

L'aspetto politico si delinea quindi sotto due vesti: il pluralismo valoriale implica un bilanciamento di interessi; occorre considerare il possibile impatto *democratico* dell'attività delle grandi imprese.

La svolta neo Brandeis è stata favorita dalla rivoluzione digitale dell'economia e dall'emergere delle piattaforme come forma centrale dell'attività economica. Questa evoluzione ha sollevato una serie di questioni che hanno favorito l'affermarsi dell'insufficienza di un antitrust articolato sulla *adjudication* e sull'efficienza come criterio decisionale per discriminare condotte anti- e pro- concorrenziali.

Rispetto alle tradizionali forme di potere di mercato al livello della distribuzione, nel caso delle piattaforme la fonte del potere sono i dati che vengono considerati il nuovo petrolio. L'analogia regge solo per il potere che conferiscono. Rispetto ai beni fisici quelli digitali presentano infatti caratteristiche proprie. Così i dati possono essere accumulati in quantità precedentemente impossibile, e teoricamente illimitata, possono inoltre essere gestiti velocemente e *ricostruiti* così creandone di nuovi.

Per dare un'idea del potere economico delle piattaforme, nel 2023 le Big Tech hanno rappresentato più della età dell'intera capitalizzazione del NSDAQ. Allargando l'orizzonte oltre il comparto delle tecnologie, sempre nel 2023 hanno costituito il trenta per cento dell'indice C&P 500.

Per dare un'idea del potere *politico*, alcune Big Tech hanno una capitalizzazione di borsa superiore al Pil di uno Stato di media grandezza. Per essere più precisi, Alphabet e Microsoft insieme capitalizzano il doppio del Pil italiano (dato del 2021).

Il potere sui dati sotto il profilo politico si manifesta anche nella possibilità di orientare le scelte degli elettori.

Le piattaforme si collocano in una posizione intermedia tra la produzione dei beni e il mercato dei consumatori/utenti finali. Possono quindi esercitare un duplice potere: verso l'alto di natura monopsonistica; verso il basso di natura monopolistica. Ma c'è di più. Una piattaforma può essere al tempo stesso strumento di accesso al mercato dei prodotti di alcune imprese che hanno quindi una relazione verticale con la piattaforma, ma anche distribuire prodotti propri, diventando concorrenti diretti delle altre imprese, ponendosi cioè con queste ultime anche in relazione orizzontale.

Sono diverse le conseguenze di questa particolare situazione.

Viene rivalutato il potenziale impatto anticoncorrenziale delle relazioni verticali, trascurato da Chicago.

Viene a erodersi la netta e tradizionale differenza tra profili verticali e orizzontali, visto che in determinati settori il potere di mercato si compone di un mix di profili inestricabili tra loro. Un segnale chiaro della consapevolezza di questo cambiamento si trova nelle linee guida sulle operazioni di concentrazione adottate congiuntamente da FTC e DOJ nel 2023 non presentano più quella distinzione, a differenza di quanto sempre avvenuto⁴⁴.

Il concetto di potere di mercato vira verso l'idea della capacità di incidere sul processo concorrenziale piuttosto che direttamente sul prezzo dei beni.

La particolare configurazione che assume il mercato nell'era digitale è anche evidentemente alla base della rivalutazione del ruolo della struttura in quanto tale. Emerge quella che abbiamo già citato come la concezione del monopolio *senza colpe* (*no fault monopolization*) perché profili di distorsione della concorrenza non vengono associati necessariamente a un particolare comportamento anticoncorrenziale.

La descrizione della struttura del mercato è uno dei due aspetti di maggior rilievo messi in luce dal movimento neo Brandeis per giustificare il cambiamento di rotta.

Il secondo consiste nel fatto che, mentre la scuola di Chicago si basava su un atteggiamento di natura statica, e ciò in linea con il fatto di prendere in considerazione fatti già avvenuti, per i neo Brandeis occorre adottare un approccio dinamico per comprendere come funziona l'economia nel mondo contemporaneo. È l'innovazione al centro della scena. Che cosa vuol dire questo? Non solamente che tutta una serie di comportamenti che non si riflettono sul prezzo possono compromettere un processo di mercato che si alimenta con l'innovazione. Ma anche che la prospettiva di valutazione dei comportamenti stessi non può confinarsi all'impatto immediato o comunque di breve periodo, ma deve estendersi verso un futuro più o meno prossimo. Occorre prevedere come evolverà il processo di mercato.

Uno degli esempi più evidenti di questa tendenza è il ritorno del concetto di *incipiency* che abbiamo visto era stato elaborato nel caso Brown Shoe ed era stato *seppellito* dalla

⁴⁴ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, 2023, "Merger Guidelines", https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/2023_merger_guidelines_final_12.18.2023.pdf

critica di Chicago.

Abbiamo già riferito come per la scuola di Chicago un falso positivo è più dannoso di un falso negativo in larga misura grazie alla capacità del mercato di correggersi. Ora è evidente che tanto maggiore è l'estensione nel tempo dell'orizzonte della valutazione, tanto maggiore la probabilità di commettere errori e il numero dei falsi positivi si moltiplicherà.

Se però, come accade nella visione neo Brandeis, non si considera il mercato come un assetto che si autocorregge, allora cade la asimmetria tra falsi positivi e falsi negativi. Anche questi ultimi introducono delle distorsioni potenzialmente irreversibili.

Se la probabilità di errore è la stessa e gli effetti degli errori sono simmetrici, allora ciò che farà la differenza, in un sistema nel quale l'elemento essenziale è l'innovazione, sarà il pericolo che una condotta o un assetto di mercato vada a scapito dell'innovazione. E se una innovazione non vedrà la luce ad opera di un comportamento anticoncorrenziale erroneamente considerato proconcorrenziale allora quella occasione andrà verosimilmente perduta per sempre. All'opposto di quanto sostenuto da Chicago, il falso negativo diventa allora quasi più pericoloso di quello positivo.

È noto come vi siano sostanzialmente due diversi approcci di teoria economica al problema della relazione tra forma di mercato e innovazione. Con la sua concezione della concorrenza come processo di distruzione creatrice Schumpeter ha collegato la capacità di innovazione alle grandi dimensioni dell'impresa quindi in sostanza al monopolio e all'esistenza del potere di mercato, focalizzando l'attenzione sulla maggiore capacità di finanziamento e di attrazione di progetti che hanno tali imprese⁴⁵.

Diversamente, Arrow analizzando la questione centrale dell'incertezza considera come il tasso di innovazione sia superiore in un mercato concorrenziale rispetto a

⁴⁵ Per Schumpeter l'innovazione è diversa dall'invenzione. Quest'ultima è una idea, la prima la definizione delle condizioni economiche per realizzare in concreto l'idea. Va detto che in una prima fase nel libro *The theory of economic development* del 1912 Schumpeter attribuiva alle piccole imprese maggiore capacità di sviluppare innovazione per poi sviluppare in *Capitalism, socialism and democracy* del 1942 la tesi diversa del ruolo delle grandi imprese. Cfr Nicholas T., 2003, "Why Schumpeter Was Right: Innovation, Market Power and Creative Destruction in 1920's America", *The Journal of Economic History*, vol. 63, n.4, pp. 1023- 1058.

quello di monopolio anche se il livello di innovazione raggiunto dal mercato concorrenziale rimane pur sempre subottimale,⁴⁶ il che richiederebbe un intervento statale di rinforzo che secondo alcuni potrebbe avere tra i suoi strumenti anche la politica antitrust⁴⁷. Questa è la strada sostanzialmente seguita dai neo Brandeis.

L'importanza dell'innovazione rivaluta quindi il ruolo della struttura del mercato ma al tempo stesso il passaggio da una visione statica a una dinamica della concorrenza accentua ulteriormente l'importanza della valutazione prospettica.

Esemplare in questo senso è la modifica, potremmo dire la *correzione*, in atto della valutazione delle operazioni di concentrazione per inserirvi il ruolo dell'innovazione.

La questione riguarda quelle che vengono comunemente e significativamente chiamate *killer acquisitions*. Di che cosa si tratta e come si inseriscono nel contesto del controllo delle operazioni di concentrazione? Queste ultime, come detto, avendo una visione ex ante rispondono già di per sé al modello di *regulation* piuttosto che a quello di *adjudication*. Il sistema ha come punto di partenza una serie di presunzioni ad esempio sulle soglie oltre le quali il tasso di concentrazione possa essere pericoloso.

Tutto questo risponde però pur sempre a una dimensione statica della concorrenza. L'introduzione dell'innovazione come motore del processo di mercato modifica lo scenario e *rivitalizza* l'approccio del caso Brown Shoe. Anche una operazione di concentrazione che non *sposta* in maniera sensibile le quote relative di mercato può essere dannosa quando l'impresa acquisita sia una start up innovativa, e se la finalità dell'operazione sia esclusivamente quella di *uccidere* sul nascere una innovazione che possa mettere in pericolo la posizione dell'impresa acquirente che sfrutta una propria innovazione. Operazioni del genere possono avere un effetto non solo conservativo del potere di monopolio o quasi monopolio detenuto ma anche quello di rafforzarlo perché possono essere in grado di scoraggiare altri tentativi di innovazione concorrenziale.

⁴⁶ Arrow K., 1962, "Economic Welfare and the Allocation of Resources for Innovation", in " *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*", National Bureau Committee for Economic Research, Committee on Economic Growth of the Social Science Research Council , <https://www.nber.org/system/files/chapters/c2144/c2144.pdf>

⁴⁷ Baker J., 2007, "Beyond Schumpeter vs Arrow: How Antitrust Fosters Innovation", *Antitrust Law Journal*, vol. 74, n.3, pp. 575-602.

Il problema, inizialmente individuato nel settore farmaceutico⁴⁸, può rivelarsi cruciale e maggiormente nell'ambito dell'evoluzione tecnologica digitale⁴⁹. Data la pervasività del digitale, il problema finisce per essere trasversale.

Una svolta in questa direzione finalizzata a catturare sacche di potere monopolistico che sfuggono al controllo più tradizionale di impronta statica solleva al tempo stesso delle perplessità⁵⁰.

Un punto cruciale sarebbe quello di valutare se la start up sia in grado di sviluppare da sola l'innovazione o meno.

Ma non si tratta di un test facile. Spesso gli innovatori tramite start up hanno come obiettivo proprio quello di cedere l'innovazione a imprese che, per capacità organizzativa e disponibilità di mezzi finanziari, sono in grado di svilupparla e commercializzarla meglio. Una diffusa proibizione di operazioni di concentrazione di questo genere avrebbe l'effetto perverso di frenare piuttosto che favorire l'innovazione⁵¹.

Non è qui la sede per discutere sul tema specifico ma quella di indicare il fenomeno delle *killer acquisitions* come un esempio in più del trend verso l'approccio regulatory della concorrenza e a tempo stesso il dibattito che questa tendenza generale ha sollevato.

Il secondo filone perseguito dai neo Brandeis che ne testimonia l'approccio regolatorio è quello di una ripresa della section 5 del Federal Trade Commission Act il cui utilizzo è stato tradizionalmente ricondotto al modello dello Sherman Act. Il modo in cui tale norma è stata considerata da parte della scuola di Chicago, ma anche nella applicazione concreta, secondo la critica neo Brandeis ridurrebbe il Federal Trade Commission Act a una legge che ha istituito semplicemente una nuova agenzia

⁴⁸ Cunningham, C, Ederer F., Ma S., (2021), "Killer Acquisitions", **JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY** 129(3): 649-702.

⁴⁹ Gautier A., Lamesch J., 2021, "mergers in the Digital Economy", *Information Economics and Policy*, vol.54, pp. 1-15.

⁵⁰ Per una critica complessiva dell'approccio estensivo cfr. Portuese A., 2021, "Reforming Merger Reviews to Preserve Creative Destruction", Information Technology & Innovation Foundation, <https://www2.itif.org/2021-merger-reviews.pdf>

⁵¹ Ivaldi M., Petit N., Únekbaş, 2023, "Killer Acquisitions in Digital Markets may be more Hype than Reality" <https://cepr.org/voxeu/columns/killer-acquisitions-digital-markets-may-be-more-hype-reality>

amministrativa dedicata ad applicare la normativa esistente in una logica sostanzialmente *follow on* dello Sherman Act⁵² e non che ha inserito una nuova norma⁵³. In altre parole, una novità gestionale ma non legislativa. Soprattutto Bork lamentava che la maggiore expertise tecnica vantata per giustificare l'istituzione della Federal Trade Commission in realtà non si traduceva in un migliore utilizzo della teoria economica, anzi tutto il contrario⁵⁴.

Ma nella visione neo Brandeis non è quello il compito della Federal Trade Commission. Il compito è quello di affiancare un approccio di *adjudication* ritenuto insufficiente con uno regolatorio e il potere di creare norme sostanziali sarebbe riconosciuto alla Federal Trade Commission dalla stessa giurisprudenza⁵⁵.

In questo modo verrebbe codificato il doppio binario.

§ Conclusioni. Proviamo a tirare le fila del discorso. Il carattere della *novità* dell'evoluzione del mercato sembra rivestire un ruolo particolare nell'andamento ciclico tra *adjudication* e *regulation* dell'intervento pubblico, ma il suo impatto particolare sembra dipendere dalla mentalità regolatoria volta a controllare esiti specifici.

In altre parole, sembra che quando si affaccia un nuovo problema la reazione sia improntata a una sorta di principio di precauzione: *fermare* il quadro per poterlo in qualche modo controllare. Una volta acquisita familiarità con il fenomeno e conosciuti gli effetti, ci si sposta a un atteggiamento che si concretizza più che altro nel reprimere le deviazioni. Insomma, un atteggiamento *ex ante* nel primo caso per lasciare posto a uno *ex post* nel secondo caso. Tutto questo finché un nuovo problema non si presenta all'orizzonte. Ovviamente è uno schema semplicistico ma credo capace di spiegare la realtà. Si può trovare ad esempio, oltre che in antitrust, anche nella disciplina europea

⁵² Infatti ad esempio Posner parla di una competenza estesa a "any other antitrust provision" ma non prevedeva la possibilità di andare oltre creare nuove fattispecie cfr. Posner R.A., 1976, "Antitrust Law. An Economic Perspective", Chicago: The University of Chicago Press, pg. 30.

⁵³ Khan L.M., 2023, "Section 5 in Action: Reinvigorating the FTC Act and the Rule of Law", *Journal of Antitrust Enforcement*, pp. 149-153.

⁵⁴ Bork R.H., 1978, "The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself", New York; The Free Press, pg. 48.

⁵⁵ Chopra R., Khan L.M., 2020, "The Case for Unfair Methods of Competition Rulemaking", *The University of Chicago Law Review*, vol. 87, pp. 357-379.

di controllo degli aiuti di Stato nella quale vige un divieto generale degli aiuti che hanno le caratteristiche stabilite all'articolo 107 TFUE ma poi un regolamento generale di esenzione che solleva dall'obbligo di notifica preventiva e clausola di sospensione circa il novanta per cento degli aiuti prestati dagli Stati membri e altrimenti vietati. La soluzione che scioglie questa apparente schizofrenia del sistema va cercata proprio nel percorso suddetto. Il controllo ex ante finché la Commissione non ha acquisito la competenza su quali tipologie di aiuto siano particolarmente pericolose definendo i requisiti per quelli che possono passare a una valutazione ex post. Così i problemi posti dalla rivoluzione digitale sono stati affrontati in maniera regolatoria, in modo esplicito in Europa con il Digital Markets Act e in modo indiretto nell'approccio neo Brandeis negli Stati Uniti utilizzando l'antitrust.

Il dibattito sulla appropriatezza della svolta neo Brandeis e sull'opportunità di una sua adozione anche a livello europeo è ancora in corso.

Sembra però che rifletta bene due concezioni diverse del modo in cui si debbano delineare e applicare le regole a difesa di un mercato concorrenziale e più in generale i rapporti tra Stato e mercato.