

Tutto (o quasi) quel che avreste voluto sapere sul principio del *consumer welfare* in diritto antitrust

(Almost) Everything you ever wanted to know about the consumer welfare principle in antitrust

Roberto Pardolesi *

ABSTRACT:

Da quasi mezzo secolo il paradigma del *consumer welfare*, come delineato, con qualche approssimazione da Robert Bork, tiene banco in antitrust. Emergeva come reazione (populistica, anche se in vesti accademiche) agli entusiasmi, e agli eccessi, di un populismo di segno opposto, che dall'origine aveva ravvisato nella disciplina antimonopolistica uno strumento di lotta al prepotere economico, e conseguentemente politico, dei “*robber barons*”, in quanto tale aperto a ulteriori sollecitazioni sociali: al punto di rendere il quadro complessivo incerto e, talora, contraddittorio. Il *new learning* avrebbe trovato validazione scientifica nell'impiego serrato dell'approccio microeconomico, ridisegnando l'intero scenario applicativo della disciplina concorrenziale statunitense. Anche quando i precetti della Scuola di Chicago sono stati messi in discussione e rivisitati, il cuore di quella linea di pensiero, catturato appunto dalla formula magica del benessere del consumatore, ha retto l'urto e continuato a dominare la scena. L'Europa, per lungo tempo immunizzata dal prevalere del pensiero ordo-liberale, ha dovuto a sua volta fare i conti con un *more economic approach*, mai davvero assorbito sino in fondo, ma certamente più vicino all'idea che l'*enforcement* della disciplina antitrust vada modulato sugli effetti piuttosto che su divieti formali. Qualcosa, però, in tempi recenti si è incrinato. La *lone star* dell'efficienza allocativa, che si voleva coincidente col criterio del *consumer welfare*, si è dovuta misurare col disagio crescente di un tessuto sociale in crisi profonda. E la domanda di giustizia (anche economica) si è fatta più pressante e angosciata. Di là da posizioni irrimediabilmente riduttive, si può ragionevolmente convenire che l'apporto dell'analisi microeconomica è (stato) prezioso per lo sviluppo di un antitrust moderno e *compos sui*, ma non può dare tutte le risposte (anche se segna i limiti di quelle che si possono ricevere). Su tali presupposti, la riscoperta della dimensione ineludibilmente politica del diritto della concorrenza non complica il quadro; al contrario, lo definisce (e, paradossalmente, lo semplifica). A ognuno, dunque, la sua opzione: ma sempre interna all'antitrust, nell'ambito di quanto esso è deputato a fare.

* Professore Emerito di diritto comparato, Direttore scientifico del Law & Economics LAB, Università Luiss Guido Carli; e-mail: rpardole@luiss.it.

Parole chiave: antitrust; benessere dei consumatori; efficienza allocativa; Scuola di Chicago; ordoliberalismo; approccio “più economico”; *hipster antitrust*, equità

For half a century, or so, the consumer welfare paradigm, as outlined, with some approximation, by Robert Bork, has been leading in the antitrust field. It emerged as a reaction (populist, albeit in academic guise) to the enthusiasms and excesses of a populism of opposite vein, which from the beginning saw in the anti-monopoly discipline an instrument to fight against the economic and political power of the “robber barons”, as such open to further social solicitations: to the point of making the overall picture confused and, at times, contradictory. The ‘new learning’ would have derived scientific validation from the rigorous use of microeconomic approach, redesigning the entire scenario of the US competitive enforcement. Even when the precepts of the Chicago School were questioned and revisited, the core of that line of thought, captured by the magic formula of consumer welfare, withstood the impact and continued to dominate the scene. Europe, for a long time immunized by the prevalence of ordo-liberal thought, has in turn been forced to deal with a ‘more economic approach’, never really fully absorbed, but certainly closer to the idea that the enforcement of antitrust regulations should be modulated after the effects rather than formal prohibitions. However, something has collapsed in recent times. The lone star of allocative efficiency, which was intended to coincide with the criterion of consumer welfare, had to be measured against the growing discomfort of a social fabric in deep crisis. And the demand for justice (including economic equity) has become more pressing and distressing. Beyond irretrievably reductive positions, it can reasonably be agreed that the contribution of microeconomic analysis has been and still keeps being precious for the development of a modern and composite antitrust, but it cannot give all the answers (even if it marks the limits of those that can be received). On these assumptions, the rediscovery of the unavoidably political dimension of competition law does not complicate the picture; on the contrary, it defines the stage (and, paradoxically, simplifies it). Therefore, options stay open: but always internal to antitrust (and its logic), in the context of what it is delegated to do.

Keywords: Antitrust; consumer welfare; allocative efficiency; Chicago School of antitrust; ordoliberalism; more economic approach; *hipster antitrust*; equity

SOMMARIO:

1. Di là dal velo. – 2. Più di una rivoluzione, un nuovo inizio. – 3. Suggerimenti da “bei tempi andati”: davvero così gloriosi? – 4. Antitrust e ideologie: alla ricerca di una ‘purezza’ impossibile.

1. Di là dal velo.

L’antitrust nordamericano dell’ultimo mezzo secolo si è ispirato al principio del *consumer welfare*, o *CW* per brevità (della vicenda europea, decisamente più sfumata, si dirà tra un momento). Slogan di successo, quasi una pa-

rola d'ordine; per taluni, un vero mantra. Del resto, chi avrebbe potuto resistere alla fascinazione di una ricetta così suggestiva e politicamente corretta¹ (specie se paragonata alle molte bizzarrie che si leggono nei 122 testi legislativi che segnano il successo globale della disciplina della concorrenza²)?

1.1. – Nel gergo ormai radicatosi *across the board*, l'obiettivo di promuovere il benessere dei consumatori viene evocato di concerto con quello di implementare l'efficienza allocativa, nel presupposto che i due concetti coincidano. Sennonché, le cose non stanno esattamente così; la pretesa sovrapposizione è messa in crisi dall'ambiguità del secondo termine nell'elaborazione di chi l'ha prepotentemente messo al centro del dibattito: Robert H. Bork, nel celebre libro (*The Antitrust Paradox*, 1978) che ha fatto da bibbia al nuovo corso, ricorre alla formulazione atecnica di “consumer wealth”.

In realtà, di *consumer welfare* si era molto discusso, a livello di economia del benessere, nella prima metà del ventesimo secolo: varrà la pena di ricordare come ad esso facesse riferimento, a mo' di obiettivo degno di essere perseguito, John Kenneth Galbraith, che però ne lasciava nel vago i contorni³. Era in gioco il complesso dei benefici che il compratore deriva dal consumo di beni o servizi acquistati. Solo che, quando trasposto sul piano antitrust, il termine assume un significato comunque diverso, perché riferito all'equilibrio parziale in un settore parziale, il mercato rilevante; sì che non può esser messa in dubbio la sua derivazione in linea retta dalla nozione di *consumer surplus*

¹ Cfr. H. FIRST, *No Single Monopoly Profit, No Single Policy Prescription?*, in *Competition Policy International*, 2009, 199, 200.

² Per il più aggiornato censimento delle leggi antitrust in giro per il mondo, v. A. BRADFORD, A.S. CHILTON, C. MEGAW, N. SOKOL, *Competition Law Gone Global: Introducing the Comparative Competition Law and Enforcement Datasets*, in www.ssrn.com, 2018; e per un inventario delle finalità dichiarate, C. OSTI, *A che serve l'antitrust?*, in *Foro it.*, 2016, V, 114.

³ J.K. GALBRAITH, *Countervailing Power*, in *Am. Econ. Rev.*, 44, 1, 1954. Del resto, la strada era stata spianata, al tempo del ‘secondo New Deal’, dal consumerismo promosso e fortificato dalla *tenure* di Thurman Arnold come responsabile dell'Antitrust Division del DoJ fra il 1938 e il 1942: «Fair competition, statist central planning, cooperative industrial action, and the public interest encompassing more than consumer welfare, especially equality and redistribution, were policies of the past. The new era aspired the realization of consumer welfare and free competition as a means to realize it [...]. Without Thurman Arnold, there would have been no modern antitrust law, especially one that has the welfare of the consumer as its goal. He linked antitrust to consumer interests, and in doing so, he set the stage for modern antitrust law»: così D.I. WAKED, *Antitrust as Public Interest Law: Redistribution, Equity, and Social Justice*, in *Antitrust Bulletin*, 65, 1, 2020, 87, 92 ss., nel contesto di una narrativa radicalmente differente, nel senso letterale dell'avverbio, da quella che si evocherà tra un momento.

(questa, sì, rigorosa, perché corrispondente all'ammontare che un compratore è disposto a pagare meno la somma effettivamente versata), che, insieme a quella di *producer surplus* (la somma ricevuta dal venditore di un prodotto meno i costi variabili di produzione), concorre a definire la misura aggregata del *total surplus*. Proprio qui, nell'autonomia delle due componenti (che possono convivere conflittualmente, nel senso di andare in direzioni contrapposte, salvo prestarsi a compensazioni), si annidano le ragioni dell'ambiguità⁴.

Nell'impostazione originaria di Bork⁵, a metà degli anni Sessanta, l'approccio era vocazionalmente inteso a ravvisare, quale "*ultimate value*", valore supremo della disciplina antitrust, la "*consumer want satisfaction*", che elevava a criterio guida la repressione delle pratiche volte a ridurre l'*output*, quantità prodotta. Una dozzina di anni dopo, il registro cambia. E il nuovo quadro è segnato dall'influenza del contributo di Oliver Williamson, che introduce la tematica dei "*trade-offs*", alla maniera di Kaldor e Hicks, nella materia dell'antitrust⁶. Secondo quest'ordine di idee, è ben possibile che il monopolio si coniughi con una qualche misura di efficienza (produttiva): basta immaginare che il parametro di riferimento sia un assetto disperatamente concorrenziale ed ecco schiudersi la possibilità che quanto si perde, a causa di un fenomeno di monopolizzazione, a livello di "*deadweight loss triangle*", se si preferisce di quantitativo prodotto a parità di risorse impiegate, sia più che compensato da risparmi di spesa produttiva, con ovvio risultato positivo in termini di benessere generale (ma penalizzazione dei consumatori). Il Bork della maturità sposa questa impostazione⁷: imprime al concetto di benessere del consumatore un afflato metonimico, evidentemente arbitrario e inaccettabile per chi ritenga ch'esso debba essere misurato sulla base dell'*output* (e non del prezzo) in condizioni produttive sostenibili⁸.

⁴ *Amplius*, sul punto, B. ORBACH, *The Antitrust Consumer Welfare Paradox*, in *J. Competition L. & Econ.*, 7, 2011, 133.

⁵ R.H. BORK, *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division*, in *Yale L. J.*, 74, 1965, 775, 832.

⁶ O.E. WILLIAMSON, *Economics as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs*, in *Am. Econ. Rev.*, 58, 1968, 18.

⁷ R.H. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*, New York, Basic Books, 1978, 107 ss.

⁸ Cfr. H. HOVENKAMP, *Antitrust's Borderline*, www.ssrn.com, August 2020. Questa linea può considerarsi oggi prevalente, nel senso che è dato registrare un diffuso consenso sull'idea, da buttar giù all'ingrosso, che la difesa/promozione del processo competitivo deve ritenersi attinta (o tradita) quante volte si determini un vantaggio (o un pregiudizio) per i consumatori. Non a caso, la Corte Suprema, con la sentenza 6 giugno 2018, *Ohio v. American Express Co.*,

Se, dunque, l'etichetta di *consumer welfare* stia davvero per efficienza allocativa, o rappresenti soltanto una suadente scorciatoia per rappresentazioni più complesse del quadro rilevante, è questione che può qui rimanere aperta. Com'è, del resto, ragionevole fare per le tante polemiche intorno al difetto di rappresentatività del parametro consumeristico⁹. Nel mondo reale, si obietta, a comprare non sono soltanto i consumatori; e i compratori non sono tutti vulnerabili. Mentre, di là dalle riduzioni di *output*, contano anche la qualità, la libertà di scelta e i trasferimenti di ricchezza, fattori che la matrice dominante tiene in non cale. Tutto vero. Salvo il fatto che, in un modo o nell'altro, capita comunque di vestire i panni del consumatore, sì che guardare a una categoria così comprensiva è certamente più utile che scegliere riferimenti specifici. Ma non è questo il punto. La formula magica è sprovvista di autentica capacità precettiva. Accanirsi intorno alle manchevolezze dello slogan, denunciandone la vacuità operativa, oppure deplorandone – con orientamento evidentemente opposto (la qual cosa dovrebbe far riflettere) – la cecità da breve termine (laddove dovrebbe essere ovvio che, se c'è pregiudizio di questo tipo, esso non dipende dal parametro del *CW*, ma dal modo in cui lo si applica, più in chiaro da come si valuta la probabilità di danno futuro e si riguardano i costi da errore di tipo 1 e 2), è fatica vana. Quando si proclama, come si fa da mezzo secolo a questa parte, che l'antitrust ha il compito di proteggere il processo competitivo¹⁰, come misurato dal suo impatto sul benessere dei consumatori, si mettono in esponente due direttive: la rivendicazione della finalità incontrastata dell'antitrust in guisa di perseguimento dell'efficienza allocativa e la valorizzazione degli apporti della *price theory*.

Quanto al primato dell'efficienza allocativa, punto di forza della Scuola di Chicago, esso valeva a cortocircuitare la pluralità di obiettivi (socio-politici), disomogenei e non comparabili, ch'erano fin lì stati invocati per indirizzare l'applicazione del diritto della concorrenza. Come meglio si vedrà più oltre, si

138 S. Ct. 2274, 2284, ha potuto dichiarare che «[t]he goal [of the rule of reason] is to distinguish between restraints with anticompetitive effect that are harmful to the consumer and restraints stimulating competition that are in the consumer's best interest». Solo che, per questa via -e lo si vedrà più oltre- si presta il fianco al rimprovero di eccessiva riduzione del perimetro rilevante, posto che si guarda al solo danno a valle e si trascura quello a monte, a carico di lavoratori, agricoltori e fornitori (salvo, fra di noi, riconoscere che a una formula icastica, per quanto magica, non si può chiedere troppo...).

⁹ V., ad es. W. GRIMES, *Breaking Out of Consumer Welfare Jail: Addressing the Supreme Court's Failure to Protect the Competitive Process*, www.ssrn.com, October 2020.

¹⁰ Attenzione alle sfumature (che tali, evidentemente, non sono). Proteggere il processo competitivo è fine proclamato da tutti: come reificare questa direttiva, questo è il campo di battaglia!

trattava di dismettere contrapposizioni valoriali di dubbio costrutto pratico per focalizzare l'attenzione sugli effetti economici delle pratiche dispiegate sul mercato, facendo massiccio ricorso a rilevazioni empiriche, in misura che non è mai parsa sufficiente. La nuova *lone star*, campeggiando in solitudine, prometteva di ricompattare il dibattito, rendendolo comprensibile (e, plausibilmente, falsificabile): guardare alle ricadute effettuali ridava una qualche coerenza ad intrecci altrimenti insolubili o, per meglio, esposti all'arbitrio. Si trattò di un successo spettacolare, propiziato dalla completa adesione, sul punto, del nuovo corso harvardiano, che in quel torno di tempo andava perfezionando il distacco dalle posizioni interventiste/strutturaliste che ne avevano caratterizzato la traiettoria nei due decenni precedenti.

Riguardo al ricorso alla teoria economica, il risultato è meno definito. Occorre precisare, innanzi tutto, che, per quanto attiene all'antitrust, l'argomentazione economica è sempre stata in circolo: a mutare, nel tempo, è stato il peso assegnatole, sino all'odierna centralità¹¹. Fatta questa precisazione, sovviene la domanda insidiosa: quale torno di analisi economica? La Scuola di Chicago mostrava una netta predilezione per la *price theory* di stampo neoclassico, che apriva il varco a costruzioni teoriche assai robuste: quanto bastava per disperdere pregiudizi di antica data. Ma quegli stessi studiosi non disdegnavano sortite in ambiti diversi, come la teoria dei costi transattivi, dei beni pubblici, delle scelte strategiche, fino alla teoria dei giochi (allora in fase di decollo). Mentre il versante harvardiano batteva ancora altri campi, riscuotendo importanti successi in termini di avallo da parte della Corte Suprema. Si può convenire ragionevolmente che vi fosse maggiore convergenza sulla *pars destruens*, e dunque nella critica a chiunque tentasse di offrire metodologie diverse da un approccio risolutamente economico, che sull'articolazione teorica da impiegare per sciogliere i nodi (la qual cosa concorre a demistificare la diffusa convinzione che la scelta di campo, tra le rive del lago Michigan o i prati di Cambridge, Mass., si traduca, per inerzia ideologica, in ricette applicative divergenti). La lingua restava comune. E, come sarà dato rilevare in prosieguo, è questo il frutto autenticamente rivoluzionario¹²: venga, o no, da Chicago,

¹¹ V., per i primi riferimenti, R. PARDOLESI, *Analisi economica e diritto antitrust*, in C. RABBITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante del mercato e della concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2010, I, 123.

¹² Cfr. D.W. CARLTON, K. HEYER, *The Revolution in Antitrust: An Assessment*, in *Antitrust Bull.*, 65, 2020, 607. All'odierna inclinazione, da destra e da sinistra, a 'denigrare' il ruolo dell'analisi economica, H. HOVENKAMP, *The Looming Crisis in Antitrust Economics*, in *Boston U. L. Rev.*, 101, 2021, 489, 492 risponde con una sorta di manifesto da 'antitrust's center', catturato nelle sue linee di fondo dalla citazione che segue: «The antitrust laws speak of the conduct

l'antitrust "moderno" sta qui, nell'adozione di sorvegliati strumenti di analisi economica; e segna una brusca soluzione di continuità rispetto al passato.

1.2. – Prima di toccare con mano quanto quella rivoluzione abbia sconvolto la grammatica dell'antitrust, conviene fare una pausa e volgerci, sia pure sinteticamente, all'esperienza europea.

Alle origini del diritto continentale della concorrenza c'è la Scuola di Friburgo, vera forza propulsiva del pensiero ordoliberal¹³. I suoi concetti chiave, destinati ad esercitare un'influenza profonda (sino ad affrancare la traiettoria europea dal calco statunitense), sviluppavano una trama in seno alla quale la concorrenza era chiamata a proteggere gli individui dal potere economico privato, garantendo la libertà di condotta nel mercato. Più in chiaro. La libertà individuale, obiettivo politico primario, si sarebbe potuta attingere solo attraverso la garanzia di protezione della libertà economica (e della proprietà privata), che si poneva come corollario della libertà politica. Si delineava, così, una "terza via", diversa dall'impronta capitalistica e dal centralismo socialista (ci abbiamo provato anche noi, col consociativismo da impresa pubblica...), che avrebbe dovuto assumere i contorni di un'"economia sociale di mercato", caratterizzata da un ordine statale forte, capace di far fronte alla pressione dei gruppi d'interesse e di arginare ogni sorta di attività mirante allo sfruttamento di rendite di posizione. L'assetto che, agli occhi di Walter Eucken e Franz Böhm, avrebbe propiziato tali risultati sarebbe stato quello di una "*vollständige Wettbewerb*", concorrenza completa, in cui nessuna impresa è in grado di condizionare la condotta di altri operatori. Toccava allo Stato, dunque, contrastare l'accumulazione di potere privato, proibendo la concertazione cartellisti-

they prohibit in unmistakably economic terms, such as 'restraint of trade', 'monopoly', and lessening of 'competition'. They do not embrace any particular economic ideology, such as the Chicago school or institutionalism. Nor do they require the use of any particular economic model, such as perfect competition or oligopoly. This openness gives policy makers a great deal of room, but it is not an invitation to economic nonsense. Antitrust economics should be an analytic and empirical tool for determining how a practice affects competition. This requires an assessment of whom a practice injures and how, as well as what is the optimal form of relief. Antitrust economics should not become an excuse for picking a winning interest group and then manipulating the doctrine to get to that result. Nor, however, should it be a tool for making other kinds of social policy that is not driven by concerns about competition».

¹³ Un primo inquadramento in R. VAN DEN BERGH, *Comparative Competition Law and Economics*, Cheltenham e a., 2017, 30 ss.; I. HERRERA ANCHUSTEGUI, *Competition Law Through an Ordoliberal Lens*, www.ssrn.com, 2015. Per inciso, questa corrente di pensiero ha continuato ad evolversi nel tempo: una ricognizione dei suoi sviluppi recenti è offerta da P. BEHRENS, *The 'Consumer Choice' Paradigm in German Ordoliberalism and its Impact Upon EU Competition Law*, www.ssrn.com, 2014.

ca e obbligando l'impresa egemone a comportarsi come se ("als-ob") fosse esposta a forti stimoli competitivi e dovesse assumere il prezzo imposto dal mercato.

Questo, e altro. L'influenza del pensiero ordoliberal ha contribuito a modellare in maniera marcata l'applicazione del *GWB* ad opera del Bundeskartellamt; ma si è fatta avvertire, specie attraverso l'apporto 'formativo' di Ernst-Joachim Mestmäker, anche a livello di *enforcement* comunitario, con l'enfasi per lungo tempo riposta sulla libertà di azione dell'operatore nel determinare in autonomia le scelte di politica commerciale da adottare nel mercato (emblematico, al riguardo, il trattamento delle restrizioni verticali, fino all'adozione del reg. n. 2390/1999). Questa visione complessiva mirava a proteggere la concorrenza come istituzione/processo derivante dall'esercizio delle libertà fondamentali: processo dotato di provvide caratteristiche – perché esalta l'autonomia del mercato e di chi vi opera nel mentre privilegia la libera determinazione del consumatore – e, nella sostanza, strumentale al conseguimento di quegli scopi. Verrebbe fatto di aggiungere che la traccia ordoliberale lasciava ampi spazi a livello di traduzione operativa, in cui ebbe a transitare gran parte della ricetta strutturalista (propria della Scuola harvardiana alla maniera di Joe Bain): quanto dire che l'approccio economico operava anche in questo contesto, solo che vi faceva velo un impianto ideologico sovraordinato, che spostava l'attenzione sulle direttive politiche apicali e gestiva le regole di dettaglio in base alla logica del precedente, col risultato di imprimere all'*enforcement* antimonopolistico un'impronta decisamente formalistica. Insomma, il diritto della concorrenza europeo ha fatto, per i primi trent'anni di vita, storia a sé, rivendicando orgogliosamente il carattere autoctono della sua traiettoria.

Il quadro è cambiato con la 'modernizzazione' del 2003. Sino ad allora, come anticipato, aveva tenuto banco un approccio 'normativo', che vietava le condotte in base alla loro natura, in quanto ritenuta dannosa per l'appropriato funzionamento della normale concorrenza: si preferiva, per conseguenza, la proibizione dell'intesa in ragione del suo oggetto (ossia degli obiettivi perseguiti), ciò che dispensava la Commissione dal curarsi degli effetti, dichiaratamente lasciati fuori dall'analisi. Col reg. n. 1/2003 s'introduce un "*more economic approach*", attento a valorizzare gli effetti economici dell'esercizio del potere di mercato.

Siamo così arrivati al *consumer welfare* di marca europea, ma nell'ispirazione affine al principio d'oltre Atlantico? Difficile a dirsi. Di là dalle oscillazioni della Commissione (che si direbbe convinta, ma non troppo)¹⁴, la ricezio-

¹⁴ Oscillazioni registrate doviziosamente da F. COSTA-CABRAL, *Future-Mapping the Three Dimensions of EU Competition Law: Modernization Now and After Covid-19*, www.ssrn.com,

ne giudiziale del nuovo standard è stata, agli inizi, gelida¹⁵. Nondimeno, nel tempo, l'attenzione agli effetti è percolata nel sistema, per canali vari; e si è potuta ravvisare, in pronunciamenti recenti, una 'maturazione' del paradigma efficientistico, ancora lontana, però, da un avallo pieno¹⁶. Quanto basta per suggerire una conclusione, ancora interinale, del seguente tenore: mentre non è dato prescindere dall'approccio economico, una piena conversione continentale al *CW* – per meglio dire, a quanto esso implica nell'orientare l'applicazione del diritto della concorrenza – incontra ancora resistenze, neppure clandestine; quando non appare persino smentita da talune sortite di vertice, come la determinazione emersa nell'emergenza da Covid-19¹⁷, con la quale la Commissione mostra di coltivare priorità diverse da quella della lotta ai cartelli in quanto nocivi in massimo grado per il benessere dei consumatori. Nella migliore delle ipotesi, dunque, un *work in progress*: ma consapevolmente lento (e velatamente dubbioso), a riprova del fatto che l'analisi economica non è una scienza esatta, specie quando esercitata in ambito antitrust.

April 2020 (appena un passo più in là si approda alle crude cifre: v., allora, i *datasets* quantitativi allestiti da K. STYLIANOU, M. IACOVIDES, *The Goals of EU Competition Law – A Comprehensive Empirical Investigation*, www.ssrn.com, December 2020). Se, d'altro canto, si appunta l'attenzione sugli sviluppi più recenti, esaminandoli in chiave di – chiamiamole così, per evitare equivoci – 'emozioni collettive', allora si offre il destro per riscontrare, con P. IBÁÑEZ COLOMO, *Whatever Happened to the 'More Economics-Based Approach'?*, in *J. European Competition Law & Practice*, 11, 2020, 473, 474 s., un «rising scepticism vis-à-vis mainstream economics», sino a una sorta di «move away from the 'more economics-based approach'... 'Platform plurality', which would take into consideration factors other than efficiency, is one of the most recent labels used by commentators, which also calls for an approach to enforcement that is not constrained by expertise». Dal che discende(rebbe) che, nella nuova temperie, è più importare ottenere certi risultati che attenersi all'impostazione economica corretta, a prescindere da dov'essa conduca. Quanto dire: emozioni che prendono la mano!

¹⁵ «[N]on occorre esaminare gli effetti di una pratica concordata una volta che ne sia stato accertato l'oggetto anticoncorrenziale»: così Corte Giust. UE, 4 giugno 2009, causa C-8/08, *TMobile Netherlands BV*, in *Foro it.*, 2010, IV, 29, § 30. V. altresì Corte Giust. UE, 6 ottobre 2009, cause riunite nn. 501, 513, 515, 519/06 P, *GlaxoSmithKline*, § 63: «l'accertamento della sussistenza dell'oggetto anticoncorrenziale di un accordo non può essere subordinato alla circostanza che i consumatori finali siano privati dei benefici di una concorrenza efficace in termini di approvvigionamento o di prezzi», posto che «l'art. 81 CE, al pari delle altre regole in materia di concorrenza enunciate nel Trattato, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi di concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale».

¹⁶ Cfr., ad es., Trib. UE, 28 maggio 2020, causa T-399/16, *CK Telecoms UK Investments/Commissione*.

¹⁷ Communication from the Commission, *Temporary framework for assessing antitrust issues related to business cooperation in response to situations of urgency stemming from the current COVID-19 outbreak*, C(2020) 3200 final, § 4-5.

2. Più di una rivoluzione, un nuovo inizio.

Torniamo al dibattito statunitense. E al “*big bang*” della *Chicago revolution* (anche se l’etichetta, per quanto si è detto, è solo in parte appropriata¹⁸).

La pretesa, agitata da Bork¹⁹ (e sorprendentemente ripresa dalla Corte Suprema²⁰), che lo *Sherman Act* andasse declinato alla stregua di una “*consumer welfare prescription*” è, con ogni probabilità, infondata²¹. Ma la frattura epocale rispetto al passato, nel segno della ‘scientificità’, se si vuole del “*New Learning*”, è vera e si tocca con mano.

Si tratta di una storia americana, che qui non è dato narrare, ma soltanto evocare in due battute. A partire dal malmestoso populismo che indusse il Congresso a varare – in odio ai *Robber Barons*, al trust monopolistico organizzato da una “persona paziente” quale John D. Rockefeller²² con la *Standard Oil Company*, all’ingombrante incombenza dei potentati economici che minacciavano di annichilire la libertà democratica – lo *Sherman Act*, dal nome di chi (senatore dell’Ohio, per inciso appartenente al *GOP* e fratello del celebre generale della Guerra di secessione) ne fu appassionato fautore. Che fosse questo lo spirito del tempo non è seriamente dubitabile. Ma che ciò basti a sostanziale i contenuti di clausole generali, di respiro costituzionale, quali quelle dettate dalle *sections* 1 e 2 dello *statute*, è parimenti da escludere. La babele letteraria creatasi intorno ai diciotto mesi di lavori preparatori che portarono al varo della prima, vera legge antitrust ha ormai convinto gli interpreti che per questa via

¹⁸ C’è chi – ad es., D.A. CRANE, *Chicago, Post-Chicago, and Neo-Chicago*, in *U. Chi. L. Rev.*, 76, 2009, 1911, 1913 – assicura che Chicago ha sbancato il tavolo e chi, viceversa – è il caso di E. ELHAUGE, *Harvard, Not Chicago: Which Antitrust School Drives Recent U.S. Supreme Court Decisions?*, in *Competition Policy International*, Autumn 2007, 59, 60 – assicura che la vera influenza sugli sviluppi giurisprudenziali fa capo a Harvard. Ciò che permette a W.E. KOVACIC, *The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix*, in *Colum. Bus. L. Rev.*, 1, 2007, 13-14, di concludere che, almeno per certi aspetti, si è determinata una sostanziale convergenza fra le due prospettive. Per chi voglia saperne di più, torna utile la lettura di C.S. YOO, *The Post-Chicago Antitrust Revolution: A Retrospective*, www.ssrn.com, December 2020.

¹⁹ R.H. BORK, *The Antitrust Paradox*, (nt. 7), 66.

²⁰ Corte Suprema, 11 giugno 1979, *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330, 343; Corte Suprema, 2 giugno 1984, *National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of University of California*, 468 U.S. 85.

²¹ Arg. ex R.J.R. PERITZ, *Competition Law in America. History, Rhetoric, Law*, Oxford e a., 1996, 9 ss.

²² Rispettosa nei confronti dell’uomo, I.M. TARBELL, *A History of the Standard Oil Company*, New York, The MacMillan Company, 1904, non lo fu riguardo alla sua creatura.

non si sortiscono risultati affidanti, nel senso che chiunque si sia cimentato in questo esercizio, perseguendo un proprio disegno ricostruttivo, vi ha trovato quel che cercava. Il compito di attribuire significato a quelle “*lawless norms*” non poteva che esser rimesso alle corti. Che, in effetti, s’incaricarono di trovare il bandolo della matassa, individuandolo nell’impegno di arginare “the concentration of economic power in the hands of a few ... by keeping a large number of small competitors in business”²³. Quasi superfluo aggiungere che una siffatta impostazione implicava un corollario obbligato: che, cioè, lo *statute* mirasse a fini socio-politici, piuttosto che (o, comunque, in aggiunta a quelli) economici²⁴. E ciò valeva a chiudere il cerchio del *Populist Shift*, che avrebbe dominato la materia fino alla metà degli anni Settanta del secolo breve.

Passiamone in rapida rassegna i contorni. La pietra angolare era rappresentata dalle preoccupazioni espresse da Louis Brandeis, quando ancora faceva l’editorialista per la carta stampata, circa l’accumularsi del potere economico e “*the curse of bigness*”²⁵. Di lì, in un afflato consapevolmente plurale, partivano i fili che avrebbero condotto, di volta in volta, al sogno jeffersoniano di una società costellata da piccole imprese, che Justice William Douglas²⁶ voleva difendere dalle prevaricazioni del gigantismo industriale; ai trionfi del *Robinson-Patman Act*, il più gettonato nell’articolata progenie dell’originaria disciplina antitrust, proprio perché risolutamente (quanto goffamente) protettivo nei confronti dei concorrenti (a costo di pregiudicare la concorrenza)²⁷; alla priorità da assegnare alla libertà di scelta del venditore e del compratore²⁸; alla condanna giudiziale di concentrazioni che contavano per percentuali irriso-

²³ Corte Suprema, 31 maggio 1966, *United States v. Von's Grocery Co.*, 384 U.S. 270, 274-75.

²⁴ Corte d’Appello per il 2° Circuito, 12 marzo 1945, *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 427 (J. HAND): «[I]t was not necessarily actuated by economic motives alone. It is possible, because of its indirect social or moral effect, to prefer a system of small producers, each dependent for his success upon his own skill and character, to one in which the great mass of those engaged must accept the direction of a few. These considerations . . . we think the decisions prove to have been in fact its purposes».

²⁵ I suoi articoli su *Harper's Weekly* risalgono al 1918.

²⁶ V., riassuntivamente, E.M. FOX, *The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium*, in *Cornell L. Rev.*, 66, 1981, 1140, 1150-51.

²⁷ La palma della disciplina più protezionistica e anticoncorrenziale mai registrata è stata assegnata al *Robinson-Patman Act* da H. HOVENKAMP, *Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled?*, *J. Corporation L.*, 45, 2019, 101, 121.

²⁸ Cfr. T.E. KAUPER, *The «Warren Court» and the Antitrust Laws: Of Economics, Populism, and Cynicism*, in *Mich. L. Rev.*, 67, 1968, 325, 332.

rie del mercato²⁹; al sospettoso scrutinio della verticalità in forma di contratti di distribuzione³⁰; all'accentuazione dei profili strutturali, fino ai lavori della *Neal's Commission* e al suo *Concentrated Industries Act* del 1968, cui seguiranno le proposte deconcentrative dell'*Industrial Reorganization Act* del senatore Philip Hart nel 1972; alla proliferazione dei divieti *per se*, che sbarravano la via a qualsivoglia tentativo di far valere giustificazioni efficientistiche.

Ecco, allora, prospettarsi l'eccesso di interventismo a colpi di divieti tombali: un precipitato di buone intenzioni, mal coacervate al punto da esporsi alle critiche feroci di Bork e Bowman³¹, i quali dalle pagine di una rivista di larga diffusione ebbero a denunciare i misfatti di un'elaborazione che, per strada, aveva perso ogni rispettabilità intellettuale, mettendo capo a "*bad economics, worse jurisprudence*". Andava così ad innescarsi, per legge del contrappasso (e a riprova del fatto che il populismo non è un'ideologia, ma uno stato d'animo), un populismo di segno contrario, dichiaratamente ostile al parossismo applicativo e validato – sta qui la differenza! – dalla coerenza dottrinarica della Scuola di Chicago, a sua volta votata a disperdere l'atmosfera di inospitalità e sospetto creatasi a ridosso di ogni iniziativa imprenditiva che apparisse in odore di eterodossia³².

Il rovesciamento del quadro è spettacolare. Nel segno dell'efficienza allocativa e della *price theory*, si spiega che alla condotta d'impresa va presuntivamente accreditato l'intento di implementare la migliore utilizzazione delle risorse; che il mercato è normalmente in grado di correggere da sé le deviazioni monopolistiche; che la correzione regolatoria è probabilmente peggiore del male cui intende rimediare, perché gravemente esposta agli errori di Tipo 1, ossia ai 'falsi positivi', doppiamente pregiudizievoli perché condannano le condotte da incentivare in quanto virtuosamente concorrenziali; che le dimensioni dell'impresa derivano (non già dalla smodata ansia di dilatare il po-

²⁹ V. *United States v. Von's Grocery Co.*, (nt. 23), 271-72, 279 (concentrazione orizzontale che avrebbe portato alla creazione di un'entità col 7,5 per cento del mercato); Corte Suprema, 25 giugno 1962 *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 343-44, 346 (quota di mercato del cinque per cento).

³⁰ V. Corte Suprema, 12 giugno 1967, *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365, 382.

³¹ R.H. BORK, W.S. BOWMAN JR., *The Crisis in Antitrust*, in *Fortune*, December, 1965, 138.

³² Tradizione di inospitalità che F.H. EASTERBROOK, *The Limits of Antitrust*, in *Tex. L. Rev.*, 63, 1984, 1, 4, faceva risalire a Donald Turner, con ogni probabilità a torto: cfr. M.J. NIEFER, *Donald Turner, Vertical Restraints, and the Tradition of Inhospitability of Antitrust*, in *Antitrust L. J.*, 82, 2018, 389.

tere monopolistico, ma) dagli stimoli del mercato, così come suole avvenire per il livello di concentrazione; che bisogna neutralizzare ogni influenza politica³³, perché contano soltanto – nel perimetro dell’antitrust, beninteso – le sole grandezze economiche. Non sono, si badi, comandamenti nel vuoto, perché alla loro enunciazione conseguono lo smantellamento di gran parte del bagaglio delle proibizioni *per se* (relative all’*exclusive dealing*, al *leverage* in genere, al *tying* e *bundling*, alle restrizioni verticali, ultima in ordine di tempo l’imposizione del prezzo di rivendita, *RPM*), il ricorso allargato alla ‘regola di ragione’ (*RoR*), la focalizzazione dell’attività repressiva sui ‘cartelli stretti’, la riduzione dei margini per il ricorso al divieto di monopolizzazione. L’antitrust cambiò volto. Nulla sarebbe più stato come prima, se non fosse che, si vedrà, qualcuno vorrebbe tornare ai bei tempi andati.

È appena il caso di aggiungere – senza riprendere i dettagli di un dibattito ancor oggi inesausto – che non tutto ciò che pertiene alla rivoluzione indotta dalla Scuola di Chicago e dintorni resisterà allo scrutinio del tempo. Verranno i *Post-Chicago Developments*, i teoremi della possibilità, che impiegano, nei confronti del nuovo (per allora...) ‘credo’, le stesse tecniche di guerriglia concettuale che Richard Posner e soci avevano impiegato con successo contro lo schema ‘struttura/condotta/prestazione’, mostrandone le occasionali smagliature come premessa al disegno di denunciarne la complessiva inconsistenza³⁴. La teoria dei giochi e l’economia comportamentale, quando non assorbite dal pensiero prevalente, s’incaricheranno di mettere a nudo la staticità dell’analisi di marca *Chicagoan*. Ma tutto ciò rimane all’interno del solco segnato dal sommovimento prodottosi negli anni Settanta. Le critiche imperversano; ma presuppongono quel calco. Parlano quella lingua, usano la stessa metrica³⁵.

L’insofferenza è fenomeno più recente. Ancora da decifrare.

³³ Punto delicato quant’altri mai, su cui si dovrà tornare in prosieguo.

³⁴ «[I]t is presumptuous to conclude ... that markets populated by fewer firms perform less well or offer competition that is less intense»: H. DEMSETZ, *The Economics of the Business Firm: Seven Critical Commentaries*, Cambridge, Mass., 1995, 141.

³⁵ E v., infatti, le puntualizzazioni di J.B. BAKER, *A Preface to Post-Chicago Antitrust*, in A. CUCINOTTA, R. PARDOLESI, R. VAN DEN BERGH (a cura di), *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Cheltenham e a., 2002, 60: «A quarter-century after antitrust’s Chicago revolution began, antitrust retains one legacy of the Chicago School, an economic orientation. The post-Chicago criticisms of received doctrine are largely ‘internal’, not disputes about basic approaches or fundamental values».

3. Suggestioni da “bei tempi andati”: davvero così gloriosi?

L'insofferenza è figlia del disagio. E il disagio si è tradotto nella corale invocazione del ritorno al populismo di allora. Si è formato un movimento, “neo-Brandeisian” per i suoi adepti, “hipster antitrust” per gli scettici, che per ora il ritorno a una concezione della concorrenza orientata in senso strutturale e sensibile a interessi ‘altri’, come pure a considerazioni politiche. Ne ho parlato in altra sede e a quelle notazioni rinvio per ulteriori dettagli³⁶. Non senza rimarcare che il disagio, e la conseguente insofferenza, hanno fatto larga presa. Basti ricordare, al riguardo, che all’inizio di marzo del 2019 il *Senate Judiciary Committee* ha rilanciato il dibattito sull’opportunità di dismettere il principio del *consumer welfare* per far ‘rivivere’ un antitrust capace di proteggere la società civile dall’intimidazione dei poteri pubblici e privati o, comunque, per riscattarlo dalla sua minorità applicativa. Un po’ come aprire il proverbiale vaso di Pandora. Non a caso, quello che sembrava un sussulto è poi diventato terremoto.

Le ragioni del disagio sono molte; e possono qui essere soltanto cennate. A partire dalla rilevazione di un quadro complessivo pesante, misurato sulla base di un indice di concentrazione macroeconomico quale il CR 50, e comunque di una percepita “runaway corporate concentration”³⁷, che si vuole vada di concerto con un fatale declino della concorrenza, con conseguente (ma perché?) crescita esponenziale della diseguaglianza. Per poi passare alla constatazione di una montante arrendevolezza nei confronti degli aggregati monopolistici, che si pretende derivi dall’assegnazione di un ruolo di tecnocratica centralità all’efficienza allocativa (messa alla berlina come grottesca distorsione degli obiettivi faticosamente delineati dal Congresso nel 1890). Le critiche si appuntano, altresì, sulla preferenza, ovviamente implicita, per l’*under-enforcement*, giustificata dalla teoria dei costi di errore, preferenza che rimbalza in slogan logori e abusati, quali “tutela della concorrenza e non dei concorrenti”, che premierebbero la passività e l’inazione, e approda alla paralisi indotta dalla sostituzione di agevoli *per se rules* con le irrisolte difficoltà della *RoR*. Il punto più basso si tocca con la pratica dismissione della *Section 2* dello Sher-

³⁶R. PARDOLESI, *Hipster antitrust e sconvolgimento tettonici: «back to the future»?», in Merc., conc., reg.*, 2019, 77. Per qualche aggiornamento, v. D.I. WAKED, *Antitrust as Public Interest Law*, (nt. 3), 88, che muove da un’inequivoca premessa: «Reject Efficiency-Only Goal of Antitrust».

³⁷Da combattere con determinazione, come si legge nella *2020 Democratic Party Platform* del 18 agosto 2020, 25, <https://democrats.org/wp-content/uploads/sites/2/2020/08/2020-Democratic-Party-Platform.pdf>.

man Act, che induce i critici ad affermare che la *monopolization* non abita più qui (negli U.S., visto che l'Europa racconta una storia diversa, con – tra l'altro – un discreto gradiente antiamericano). Risultato anche più scabroso se si conviene che la dimensione digitale, propiziando un “*extreme return to scale*”, amplificando a dismisura le esternalità di rete e creando *ex novo* il “potere dei dati”, ha innescato minacce fundamentalmente diverse da quelle con cui ci si è misurati nel passato³⁸. Quanto dire che i *tech-giants* sono diversi: non alzano i prezzi, perché assai spesso forniscono i loro servizi gratuitamente, non riducono l'*output*, il che – stando al criterio canonico- dovrebbe escludere che la loro attività comporti pericoli antitrust, laddove dovrebbe essere evidente che i “*tech behemoth*”, GAFAM e dintorni, degradano la qualità del prodotto, in particolare sul fronte della privacy; accrescono le forme di sorveglianza sociale, operano spettacolari spostamenti di ricchezza, determinano caduta di fiducia nei mercati; impongono significative diseconomie ai terzi; modulano restrittivamente l'innovazione, alimentano diffuse preoccupazioni morali, sociali e politiche; manifestano una spiccata capacità di durata nel tempo³⁹.

Il *cahier de doléances* è fitto di voci che nessuno può permettersi di ignorare. Solo che, per buona parte di esse – quelle che toccano più in profondità le nostre coscienze –, l'antitrust conta poco, tanto sul piano eziologico quanto su quello rimediale. Avrà ragione Thomas Piketty a denunciare l'accentuarsi dell'accumulazione capitalistica e l'aggravarsi del divario nella distribuzione della ricchezza; e si potrà sinanche convenire che tutti i mezzi sono buoni, compreso l'antitrust, per (tentare di) ovviare a un male che corrode il viver civile e semina tempesta⁴⁰. Ma si dovrà comunque convenire che la disciplina della concorrenza resta comunque al margine dell'impianto macro-economico e, per certo, non è in grado di ribaltarla⁴¹. Rimproverarle di non fare, o far

³⁸ Cfr. la «disruption analysis» di J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Age*, Final report, 2019, 19 ss.

³⁹ Per questo vibrante atto d'accusa, v. M. STUCKE, *Should We Be Concerned About Dataopolies?*, in *Geo. L. Tech Rev.*, 2, 2018, 275, cui può far da contraltare la ‘tecnocratica’ difesa di D.D. SOKOL, *Antitrust's «Curse of Bigness» Problem*, in *Mich. L. Rev.*, 118, 2020, 1258, 1280 (recensione al libro di Tim WU, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, New York, 2018), a cui dire «[a]ntitrust does well dealing with antitrust problems. To the extent that there are other related problems, the right answer is not to create an antitrust that lacks democratic accountability (because antitrust becomes regulation via the backdoor) and exceeds its mandate of the past forty years. Rather, the better solution is to identify the underlying problem and solve it with more effective tools».

⁴⁰ Cfr. R. PARDOLESI, *Non rinunciamo a provarci* (Tavola rotonda su Baker e Salop, *Antitrust, politica della concorrenza e diseguaglianza*), in *Merc., conc., reg.*, 2016, 148.

⁴¹ V. i rilievi di S.B. SACHER, J.M. YUN, *Some reactions to «reactionary antitrust»*, in *Con-*

male, un mestiere che non le compete va dritto nella direzione dell'esercizio retorico.

Quando, invece, ci si muova ben all'interno del perimetro antitrust – come nel caso del preteso lassismo nei confronti dei titani digitali –, va messa nel conto e adeguatamente valorizzata la dimensione epocale dei cambiamenti in atto. Alla fine del secolo scorso, ci ricorda il Department of Justice nell'*incipit* del suo recente *complaint*⁴², Google era divenuto “the darling of Silicon Valley as a scrappy startup with an innovative way to search the emerging internet. That Google is long gone”. Cifre alla mano: il gigante di Mountain Valley ha sviluppato, per il 2019, un fatturato totale di \$ 160,7 miliardi, con profitti netti nell'ordine di \$ 33 miliardi; il suo valore di mercato è stimato intorno al trilione di dollari. Quanto a Facebook, ci viene detto che due miliardi di persone e più si avvalgano, ogni giorno, della sua famiglia di prodotti e servizi⁴³; e c'è da credere (ma la generazione Z sembrerebbe pensarla diversamente, a colpi di TikTok) che sia ancora nella sua infanzia, posto che la società è stata fondata nel 2004⁴⁴. Insieme ad Amazon⁴⁵, Apple e Microsoft, i protagonisti della nuova economia digitale, con una capitalizzazione di mercato che nell'aprile 2020 ammontava a 5,2 trilioni di dollari, hanno scalato il mondo, realizzando fatturati più consistenti dei bilanci di non pochi paesi industrializzati. Quel mondo lo hanno anche profondamente modificato, ridisegnando in modo radicale – potrà piacere o no, ma è accaduto – la nostra vita: ci induce a prenderne atto il più recente libro di Don De Lillo, che immagina un *blackout* capace di azzerare la tecnologia, dunque un'apocalisse digitale che retrocede l'umanità alla dimensione analogica, condannandola, in pratica, al silenzio⁴⁶. Implicito, in tutto ciò, lo straordinario

currences, 4, 2020, 1 (e già *Twelve Fallacies of the «Neo-Antitrust» Movement*, in *Geo. Mason L. Rev.*, 26, 2019, 1491). E sul fatto che «antitrust laws can only play a small role in addressing inequality, and an even smaller role in eradicating it» conviene anche chi, come D.I. WAKED, *Antitrust as Public Interest Law*, (nt. 3), vorrebbe nondimeno riconcettualizzare l'antitrust come normativa incentrata sul perseguimento dell'interesse pubblico e, quindi, esplorarne le possibilità d'impiego contro la povertà. Ovvio obiezione: poco è meglio di niente (e v., infatti, Z. LISKOW, *Redistribution for Realists*, www.ssrn.com, February 2021).

⁴² DOJ, *Complaint* in data 20 ottobre 2020, 3.

⁴³ JUDICIARY SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW, Majority Staff Report, *Investigation of competition in digital markets*, 133 ss. (October 2020).

⁴⁴ Sull'esordio di Mark Zuckerberg e dei suoi tre sodali v. S. LEVY, *Facebook: The Inside Story*, New York, 2020, 65 ss.

⁴⁵ Per una 'biografia' certamente non autorizzata, e men che agiografica, v. L. KAHN, *The Ideological Roots of America's Market Power Problem*, in *Yale L. J. Forum*, 127, 2018, 960.

⁴⁶ *The Silence* è, appunto, il titolo del libro, edito da Scribner (e, ora, in Italia, da Einaudi).

contributo apportato dalle nuove tecnologie: il loro avvento ha scandito progressi vistosi e, a veder bene, irrinunciabili.

Certo, la crescita vertiginosa dei *tech giants* ha innescato spinosi problemi in chiave antitrust. Talune reazioni sono parse goffe, si ricordi il caso *Bottin*⁴⁷, o persino controproducenti, come quella scaturita dal braccio di ferro del *Google Books Settlement*⁴⁸. Ma il loro numero si è infittito nel tempo, a riprova di preoccupazioni sempre più acute circa la viabilità di mercati egemonizzati come mai in passato; e ora piovono da tutte le parti⁴⁹.

Qualcuno potrebbe obiettare che quest'ultimo rilievo smentisce l'esecrata passività da *CW*, senza che si possano dire davvero risolte le riserve circa l'opportunità di simili iniziative. A fronte del florilegio di voci intese a denunciare i guasti dell'economia digitale⁵⁰, non sono pochi i commentatori impegnati a ricordarci che la fornitura di "beni gratuiti" (ad opera di motori di ricerca e piattaforme di *social media*) apporta importanti vantaggi ai consumatori⁵¹.

La misurazione in termini positivi del *consumer welfare* generato dai 'beni digitali' (Facebook compreso) è ovviamente assai più problematica. Ma c'è chi ci ha provato: v. A. COLLIS, *Consumer Welfare in the Digital Economy*, nel *Report* citato *infra* nt. 51, 474, puntando all'impiego di metriche miste, comprensive di misurazioni soggettive del «vero» *well-being* (496 s.).

⁴⁷ R. PARDOLESI, A. URSO, *Di mappe multimediali, prezzi predatori e benessere dei consumatori*, in *Foro it.*, 2012, IV, 202. La decisione del Tribunal de commerce de Paris fu annullata, quattro anni più tardi, in sede di appello.

⁴⁸ Cfr., in prima approssimazione, R. PARDOLESI, *Tramonti americani: il rigetto del Google Books Settlement*, in *Foro it.*, 2011, IV, 277.

⁴⁹ Fra le iniziative più recenti, l'azione 'bipartisan' guidata dall'Attorney General del Colorado, Phil Weiser, per conto di una coalizione di 38 Stati dell'Unione contro Google e la sua monopolizzazione illecita del mercato dei motori di ricerca (17 dicembre 2020); quella dell'Attorney General del Texas, Ken Paxton, supportato da una dozzina di Stati, per l'illecita monopolizzazione, sempre ad opera di Google, dell'*online display advertising* (16 dicembre 2020); e quella promossa dalla FTC, col seguito di 46 Attorneys General statali, nei confronti di Facebook, per illecita monopolizzazione conseguente alle acquisizioni (in passato) di Instagram e WhatsApp (9 dicembre 2020).

⁵⁰ La lista si è fatta troppo lunga e monotonica (salvo rammentare che, quando diventano comuni, i luoghi si fanno analiticamente insidiosi) perché valga la pena di riportarla. Meglio, forse, additare i risultati concreti, a partire dal teutonico *Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz)*, BGBl 18. January 2021, che anticipa (e, per certi versi, si distacca dal) le iniziative europee del Data Governance Act (DGA) e Digital Markets Act (DMA).

⁵¹ Scegliendo nel mucchio, ci si limita a rinviare a C. VELJANOVSKI, *Algorithmic Antitrust*, www.ssrn.com, July 2020. Ma per chi voglia approfondire, si schiudono orizzonti sconfinati o quasi: basterà volgersi alle quasi 1400 pagine del *Report on the Digital Economy* del Global

Tanto più che la montante aspirazione dei giorni nostri all'introduzione di nuovi strumenti, che permettano di rivitalizzare lo scrutinio antimonopolistico dei mercati digitali, sconta due fragilità⁵²: la prima, alimentata dalla tradizionale tendenza a far leva sull'antitrust per colmare i vuoti di plessi disciplinari contermini, consiste nella sottovalutazione della possibilità che altre forme di regolamentazione gestiscano efficacemente i fallimenti di mercato; la seconda, esacerbata dall'indifferenza rispetto alle implicazioni istituzionali dell'applicazione dei nuovi strumenti che si vorrebbero implementare⁵³.

Tutto questo, in ogni caso, ha poco a che vedere col *CW* e la presunta impossibilità (“*blind spots*”) di applicare i suoi sofisticati apparati analitici al dinamismo digitale. Può darsi che la conversione di taluni strumenti antimonopolistici all'ecosistema delle piattaforme e alla notte hegeliana del prezzo zero comporti difficoltà pratiche; ma appunto di questo si tratta, di aggiustamenti persino laboriosi, che non investono, però, le basi concettuali (scoprire, ad es., dove il prezzo diventa positivo e si presta ad essere rilevato)⁵⁴. Ancora, può persino essere che, come opina la Commissione UE⁵⁵, “i processi di mercato

Antitrust Institute, a cura di J.D. WRIGHT, D.H. GINSBURG, www.GAIDigitalReport.com (November 2020).

⁵² Come osserva G. MONTI, *Attention Intermediaries: Regulatory Options and Their Institutional Implications*, TILEC Discussion Paper, July 2020, 4 s.

⁵³ Entrambe le prospettive vengono colte da M. GRANIERI, V. FALCE, *Search Design Policy, Digital Disruption and Competition Law*, in *Market and Competition L. Rev.*, 2017, 115.

⁵⁴ Questa, alle corte, la morale che deriva dall'analisi di J.M. YUN, *Does Antitrust Have Digital Blind Spots?*, www.ssrn.com, April 2020.

⁵⁵ *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)*, COM(2020)842 final, 15 dicembre 2020. Per un commento assai critico (sul duplice versante del ‘disancoraggio’ dalla prospettiva concorrenziale e dell'eccesso di centralizzazione in capo alla Commissione), v. M. SCHALLBRUCH, H. SCHWEITZER, A. WAMBACH, *Europa stützt die Datenmacht der Digitalkonzerne*, <https://zeitung.faz.net/faz/wirtschaft/2021-01-22/flf1c817e9a2467aeab85414f518ac52/>, Per un approccio che mira, viceversa, a rimanere ben all'interno del perimetro antitrust, si veda la proposta di legge della senatrice A. KLOBUCHAR, *Anticompetitive Exclusionary Conduct Prevention Act*, S. 3426, 116th Cong., 2d Sess., Mar. 10, 2020 (e le ulteriori elaborazioni proposte da J.B. KIRKWOOD, *Tech Giant Exclusion*, www.ssrn.com, January 2021, risoluto nell'escludere che la soluzione del problema possa consistere – cfr. nota seguente – nella «horizontal dissolution» dei tech giants, là dove [qualcosa di più sarebbe dato sortire in ottica verticale, dato che] le criticità sono rappresentate non già e non tanto dalla stazza delle piattaforme, quanto da pratiche di manipolazione dei risultati di ricerca, appropriazione dei pregi di prodotti altrui e rifiuto di contrattare, sulle quali dovrebbe appuntarsi l'intervento di riforma dello Sherman Act; di scorcio, l'osservatore continentale rileverà che l'urgenza dell'intervento è legata alla difficoltà di ravvisare, nel panorama digitale, ipotesi di ‘monopolizzazione’ pregiudizievole, mentre la soglia di attenzione europea, predicata sul concetto di dominanza, è assai più

si rivelino spesso incapaci di assicurare risultati economici giusti riguardo ai servizi digitali di base, *core platform services*”, sino a determinare la colonizzazione del settore nelle mani del *gatekeeper* di turno e postulare interventi preventivi: salvo ammettere che, per questa via, ci si lascia l’antitrust alle spalle – per meglio dire, impregiudicato – alla volta di proiezioni regolamentari, a carattere comportamentale – cosa non deve fare la piattaforma che abbia impatto significativo sul mercato interno, gestisca un servizio con funzione di nesso obbligato fra le imprese e i consumatori finali, abbia una posizione stabile e presumibilmente destinata a durare nel tempo – non prive di risvolti inquietanti (ma questo è altro discorso...).

Preme, piuttosto, rimarcare come, nel far leva propriamente antimonopolistica sui guasti da gigantismo digitale per riproporre, nella sostanza, l’idea che “*big is bad*”, si rischia di riattivare gli antichi equivoci da “*no-fault monopolization*”⁵⁶. La grande dimensione conferisce, nell’immaginario di tanti, potere; potere che offre il destro per approfittamenti, i quali elidono la concorrenza. Sennonché, la sequenza non è obbligata; la mera probabilità che tutto ciò avvenga non giustifica la repressione, per la stessa ragione per cui la dominanza entra nell’occhio del ciclone solo in quanto abusata. Si può fare diversamente, va da sé. Ma, allora, altro che dismettere il principio del *CW*! Perché, semplicemente, non sarà più il caso di parlare di economia di mercato e libertà d’impresa.

bassa, anche se la su citata proposta della Commissione assume sia, in termini operativi, comunque troppo elevata).

⁵⁶ V., ad es., la proposta di E. WARREN, *Here’s How We Can Break Up Big Tech*, <http://medium.com/@teamwarren>, marzo 2019, in termini di *no-fault monopolization* da far scattare nei riguardi di società «con ricavi annuali globali di 25 miliardi di dollari o più e che offrano online al pubblico uno spazio di mercato e di scambio o una piattaforma per connettere terze parti». Quanto al retroterra culturale, gli apporti più recenti si devono a R.H. LANDE, R. ZERBE, *The Sherman Act Is A No-Fault Monopolization Statute: A Textualist Demonstration*, www.ssrn.com, April 2020 («New legislation creating a strong presumption that a firm with a 67% market share has violated the antitrust laws would be an important step in the right direction, the direction that Congress intended in 1890»: così il primo dei due autori, nella sua *Submission to House Judiciary Antitrust Subcommittee Investigation of Digital Platforms*, 16 aprile 2020) e a M. LAO, *No-Fault Digital Platform Monopolization*, in *Wm. & Mary L. Rev.*, 61, 2020, 755, 789 (la quale, pur intimando che «the sheer dominance of the largest platforms in their respective spheres likely carries a risk of harm to innovation in the long run» e che, in ogni caso, «stronger section 2 enforcement is long overdue», conclude che «no-fault reform efforts would be misplaced», quanto meno «at this time»). Non va dimenticata, d’altro canto, la voce di chi vorrebbe rilanciare, con accenti più incisivi di quanto sia mai avvenuto in passato, la dottrina delle ‘*essential facilities*’: cfr., *ex multis* e da ultimo, N. GUGGENBERGER, *Essential Platforms*, www.ssrn.com, October 2020.

Quanto, poi, all'opportunità di innervare la pratica applicativa con valori diversi dall'efficienza economica, resta da dimostrare che questa traiettoria possa essere praticata senza ricadere negli avvistamenti che tanto hanno contribuito al discredito dell'antitrust che fu. E sono molti a dubitarne⁵⁷. Lo scetticismo sugli scenari alternativi a quello imperniato sul *consumer welfare* – un po' come dismettere uno strumento modesto, ma fidato, sostituendolo con un libro dei sogni ambizioso quanto velleitario – riposa su argomenti solidi. Non, però, su quello prediletto dall'ortodossia di Chicago: ossia la (favola della) neutralità ideologica del diritto della concorrenza modulato secondo i suoi paradigmi.

4. *Antitrust e ideologie: alla ricerca di una 'purezza' impossibile.*

Che il *consumer welfare* sia in grado di 'mondare' l'antitrust da influenze politiche è pretesa, alla fin fine, persino ingenua: non foss'altro perché chiude gli occhi sul significato inevitabilmente ideologico di quella pretesa neutralità⁵⁸.

Ma, per tema che quest'ultima affermazione provi troppo, può essere utile ricordare che all'origine dell'antitrust ci fu una scelta politica, portatrice di valori quasi costituzionali, mai messa seriamente in dubbio prima dell'avvento di Chicago. In estrema sintesi. La tradizione di *common law* esprimeva una radicata ostilità nei confronti dei monopoli, creati e dispensati dalla Corona; rivendicava, dunque, la libertà economica da sottrarre all'interferenza dello Stato. Negli U.S. si era altresì radicata l'idea di una libertà contrattuale a sua volta immune dall'ingerenza statale. Le due libertà reagivano all'unisono nei confronti di monopolizzazioni di marca governativa; mentre i monopoli privati incidono sulla sola libertà di commercio, che entra così in rotta di collisione con l'autonomia contrattuale. E proprio da questo conflitto, e dalla volontà politica di evitare che i privati potessero dotarsi di poteri regolatori analoghi a quelli dello Stato, ebbe a formarsi il diffuso consenso sull'antitrust del Senato-

⁵⁷ V. per tutti, con toni da autentica requisitoria, E. DORSEY, *Antitrust in Retrograde: The Consumer Welfare Standard, Socio-Political Goals, and the Future of Enforcement*, in *Report on the Digital Economy*, (nt. 51), 109, 144 ss. («several decades of enforcement experience tend to undermine assertions that antitrust law is a competent vehicle for furthering socio-political ends»).

⁵⁸ Una preziosa ricognizione dei risvolti cui si farà cenno nel testo si legge nelle pagine di A. KATZ, *The Chicago School and the Forgotten Political Dimension of Antitrust Law*, in *U. Chi. L. Rev.*, 87, 2020, 817.

re John Sherman. Può sembrare sorprendente che questa prospettiva fosse sentita e seguita a Chicago, quando, nel 1934, Henry Simons stilava il suo pamphlet sulla politica economica liberale⁵⁹, avvertendo contro i pericoli delle “*gigantic corporations*”; e che lo fosse ancora nel 1946, ai tempi del reclutamento, ad opera dell’università di Simons e Hayek, di figure come Milton Friedman e Aaron Director: fino alla ‘conversione’ di quest’ultimo, che sarebbe esitata nel famoso manifesto, a firma congiunta con Edmund Levi, dal titolo: “*Law and the Future of Trade Regulation*” (1957). Processo in apparenza sorprendente, si è detto; ma il fatto è che non v’è mai stata soluzione di continuità per quel che attiene all’aspirazione a contenere le prevaricazioni del potere privato; mentre sono rimaste a lungo nel vago, e sono poi venute divaricandosi, le idee su come propiziare quel risultato.

Morale scontata: la connotazione politica c’è sempre stata, sempre ci sarà (l’asetticità non è di questo mondo)⁶⁰. Nel focalizzarsi sul benessere economico, ignorando altri obiettivi, “[t]he CW standard does entail value choices”⁶¹. Ed è allora ragionevole convenire che l’apporto microeconomico – chiamiamolo così, per liberarlo da ogni sindrome parrocchiale – è (stato) prezioso per

⁵⁹ H.C. SIMONS, *Positive program for laissez faire. Some proposals for a liberal economic policy*, Chicago, 1934, 4, «the great enemy of democracy is monopoly, in all its forms: gigantic corporations, trade associations and other agencies for price control, trade unions or, in general, organization and concentration of power within functional classes».

⁶⁰ Ne forniscono riscontro lampante gli agili scritti, poco meno di una ventina, raccolti da *Concurrences, On-topic* del 12 gennaio 2021, dedicati all’oroscopo antimonopolistico a stelle e strisce, ossia ai pronostici su come si atteggerà la «new US antitrust administration». Con interventi che vanno dalle raccomandazioni in ordine alla necessità di attenersi alla consolidata affidabilità del principio del *consumer welfare* (v., ad es., A.D. ABBOTT, *Competition policy challenges for a new US administration*, § 14) al suo deciso ripudio, «let’s get rid of this as a guiding phrase for antitrust enforcement» (così H. FIRST, E.M. FOX, *Biden Antitrust: the middle way*, che, al § 36, scandiscono la loro propensione per un’alternativa -per il vero alquanto fumosa- da «market process in the interest of the people»); tutti comunque concordi nel prevedere, nel bene o nel male, un maggior attivismo nell’*enforcement* della disciplina antitrust.

⁶¹ Così, perentoriamente, A.D. MELAMED, N. PETIT, *The Misguided Assault on the Consumer Welfare Standard in the Age of Platform Markets*, in *Rev. Ind. Organ.*, 54, 2019, 741, che poi rincarano: «those choices [...] are not just an arbitrary selection of outcomes desired by those that shape the law. Instead, they are a means of promoting legitimacy and accountability. [...] If antitrust law were understood to pursue multiple and perhaps conflicting or ill-defined objectives, antitrust decision-makers would be free to make largely unconstrained value choices. The law’s embrace of a coherent – even if sometimes difficult to apply – standard thus promotes the legitimacy of antitrust enforcement by reducing the likelihood of arbitrary interventions into market transactions and makes government and judicial decision makers more accountable».

lo sviluppo di un antitrust moderno e *compos sui*, ma non può dare tutte le risposte (anche se segna i limiti di quelle che si possono ricevere). Su tali presupposti, la riscoperta della dimensione politica del diritto della concorrenza non complica il quadro; al contrario, lo definisce (e, paradossalmente, lo semplifica). A ognuno, dunque, la sua opzione: ma sempre interna all'antitrust, nell'ambito di quanto esso è deputato a fare.