

Il diritto della concorrenza tra obiettivi di policy e proposte di riforma: verso un approccio multi-valoriale

Andrea PILETTA MASSARO*

Sommario: 1 Introduzione 2. La storia e i fini del diritto della concorrenza 2.1. Stati Uniti d'America 2.2. Unione Europea 3. La problematica delle diseguglianze e il possibile ruolo del diritto della concorrenza 4. Le problematiche poste dalla digitalizzazione: interpretazioni evolutive e tentativi di riforma del diritto della concorrenza 5. Conclusione

1. Introduzione

Il diritto della concorrenza è stato caratterizzato, sin dalla sua introduzione, da due distinti formanti: uno più prettamente *tecnico* e uno maggiormente *politico*, i quali sono stati protagonisti tanto di momenti di incontro, quanto – più spesso – di momenti di scontro. Come si vedrà nel prosieguo della presente trattazione, il grado di interventismo in ambito antitrust, in aggiunta alla tematica dei valori che tale legislazione è chiamata a tutelare, risultano calzanti al fine di rappresentare le due ‘anime’ del diritto della concorrenza. Da un lato vi è stato infatti il dibattito che potremmo definire dottrinale e che ha caratterizzato, per esempio, il periodo della cosiddetta Scuola di Chicago¹, piuttosto che la recente emersione delle tendenze “Neo-Brandesiane” o “Hipster”². Solitamente, infatti, queste correnti evolutive sono sorte in ambito accademico, per poi coinvolgere la sfera politica. Sul piano politico, per altro verso, oltreoceano l’antitrust ha caratterizzato svariate campagne elettorali: si pensi alle elezioni tenutesi nel 1912, con le differenti posizioni sostenute da Woodrow Wilson, Theodore Roosevelt e William Howard Taft³, nonché alle recenti prese di posizioni dei candidati alle Presidenziali e alle Primarie sia del 2016 che del 2020 Donald Trump, Bernie Sanders ed Elizabeth Warren⁴. Tuttavia, quella che, a prima vista, appare essere una dicotomia, giunge infine a sublimarsi, in quanto alcune teorie sull’antitrust, sorte in ambito accademico, finiscono poi per essere supportate anche in ambito politico, essendo quest’ultimo

* Dottorando in diritto privato comparato, Università di Trento.

¹ Il cui contributo più significativo è senza dubbio rappresentato da R. Bork, *The Antitrust Paradox*, New York, 1993 (prima ed. 1978).

² Si veda, *inter alia*, L. Khan, *The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 9(3)/2018, p. 131 ss. Una riflessione su tale movimento è avvenuta anche nel contesto italiano, si vedano R. Pardolesi, *Hipster antitrust e sconvolgimenti tettonici: back to the future?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1/2019, p. 81 ss.; G. Amato, *The Neo-Antitrust. Between Ends and Means*, in *Antitrust & Public Policies*, 2019, p. 1 ss.

³ J. Rosen, *Louis D. Brandeis: American Prophet*, New Haven, 2016, pp. 62-63.

⁴ B. Kendall e J. Schlesinger, *Elizabeth Warren Calls for Breakout of Amazon, Google, Facebook*, in “The Wall Street Journal”, 8 marzo 2019 (<https://www.wsj.com/articles/elizabeth-warren-calls-for-breakup-of-amazon-google-facebook-11552065735>); J. Pramuk e T. Higgins, *Sen. Elizabeth Warren pushes to break up big tech companies like Amazon and Facebook*, in “CNBC”, 8 marzo 2019 (<https://www.cnn.com/2019/03/08/elizabeth-warren-pushes-to-break-up-companies-like-amazon-and-facebook.html>); *U.S. presidential candidate Bernie Sanders takes aim at corporate media, tech giants*, in “Reuters”, 27 agosto 2019 (<https://www.reuters.com/article/us-usa-election-sanders-idUSKCN1VH25E>); *Trump says Amazon.com has 'a huge antitrust problem'*, in “Reuters”, 13 maggio 2016 (<https://www.reuters.com/article/us-usa-election-trump-ama-zon-com-idUSKCN0Y4075>).

necessario per la loro concretizzazione. Esempi emblematici sono il sostegno di Ronald Reagan alle teorie di Robert Bork e della Scuola di Chicago, nonché le recenti nomine, operate dal Presidente Joe Biden, di Lina Khan e Tim Wu – due pionieri dell’“Hipster Antitrust” – rispettivamente a capo della Federal Trade Commission e al National Economic Council, unitamente a Jonathan Kanter in qualità di Assistant Attorney General presso l’Antitrust Division del Department of Justice⁵.

Il grande fascino che suscita questo incontro-scontro tra dottrina antitrust ed endorsement politico negli Stati Uniti sembra essere invece molto attenuato nel contesto europeo. Nell’Unione e negli Stati Membri, infatti, la disciplina della concorrenza⁶ viene percepita come una materia prettamente tecnica, al punto da essere considerata – perlopiù in origine – deficitaria in termini di legittimazione democratica⁷. Infatti, nel contesto unionale, le innovazioni che hanno caratterizzato l’evoluzione del diritto antitrust statunitense sono sempre state mediate dal ruolo tecnico svolto dalla Commissione, rispetto al connotato più prettamente politico delle varie amministrazioni americane. Un esempio su tutti è costituito dalla ‘rivoluzione’ apportata dalla Scuola di Chicago, la quale è stata recepita in UE con il ben più temperato “more economic approach” inaugurato all’alba del nuovo millennio. Ciò è da imputare soprattutto alle fondamenta del diritto della concorrenza unionale, caratterizzato – come si vedrà – dall’apporto degli intellettuali ordoliberali, i quali interpretarono la disciplina antitrust come imperniata non tanto su un connotato politico, ma piuttosto di *policy*. La distinzione tra questi due termini può sembrare sottile, ma non lo è affatto⁸. In ambiente europeo, infatti, il diritto della concorrenza – seppur di nascita molto successiva – vanta fondamenta molto più stabili rispetto al proprio omologo statunitense, in quanto esso risulta essere radicato nei principî cardine che caratterizzano l’intero ordinamento dell’Unione e, di conseguenza, degli Stati Membri. Proprio per questo motivo, il diritto della concorrenza europeo risulta attualmente addirittura più all’avanguardia del diritto antitrust statunitense, il quale sembra aver perso la propria spinta propulsiva. Ciò è dimostrato da fattori quali la

⁵ C. Kang, *Lina Khan, a progressive trustbuster, displays get-tough approach to tech in confirmation hearing*, in “The New York Times”, 21 aprile 2021 (<https://www.nytimes.com/2021/04/21/business/lina-khan-ftc.html>); C. Kang, *A Leading Critic of Big Tech Will Join the White House*, in “The New York Times”, 5 marzo 2021 (<https://www.nytimes.com/2021/03/05/technology/tim-wu-white-house.html>); The White House, *President Biden Announces Jonathan Kanter for Assistant Attorney General for Antitrust*, 20 luglio 2021 (<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/07/20/president-biden-announces-jonathan-kanter-for-assistant-attorney-general-for-antitrust/>); L. Hirsch e D. McCabe, *Biden to Name a Critic of Big Tech as the Top Antitrust Cop*, in “The New York Times”, 20 luglio 2021 (<https://www.nytimes.com/2021/07/20/business/kanter-doj-antitrust.html>).

⁶ Le espressioni “diritto antitrust” e “diritto della concorrenza”, per ragioni di scorrevolezza del testo, verranno impiegate nel presente lavoro come sinonimi. In ogni caso, si rammenta che il termine “antitrust” viene più spesso associato al sistema statunitense, mentre l’espressione “diritto della concorrenza”, derivante dall’inglese “competition law”, viene utilizzato con riferimento all’ordinamento unionale. Pertanto, ove ciò risulterà possibile, si cercherà di utilizzare le due espressioni come riferite al corretto contesto di appartenenza.

⁷ Perlopiù originariamente, tale sistema poteva essere ritenuto deficitario in termini di legittimazione democratica. Si veda H. First e S.W. Waller, *Antitrust’s Democracy Deficit*, in *Fordham Law Review*, 81(5)/2013, p. 2564 ss. (<https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4890&context=flr>). In aggiunta, sul rapporto tra ‘tecnocrazia’ e antitrust, si vedano, tra gli altri, S. Vaheesan, *The Twilight of the Technocrats’ Monopoly on Antitrust?*, in *The Yale Law Journal Forum*, 4 June 2018, p. 980 ss. (https://www.yale.lawjournal.org/pdf/Vaheesan_ir9dchg8.pdf); D.A. Crane, *Technocracy and Antitrust*, in *Texas Law Review*, 86(6)/2008, p. 1159 ss.

⁸ La differenza tra i due concetti è tanto sottile quanto profonda ai sensi della presente trattazione. Si vuole infatti sottolineare come l’antitrust debba rimanere nel modo più assoluto indenne dalle influenze ‘politiche’ in senso stretto. Tuttavia, si sostiene che esso non possa rimanere *absolutus* rispetto alla *policy* generale perseguita da un dato ordinamento, intesa come una linea di condotta da perseguire. La differenza e confusione terminologica risulta dettata probabilmente, in primo luogo, dalla riunione nel termine inglese *policy* sia dell’accezione riferita ad una linea di condotta, sia a quella riguardante l’arte del governo. In secondo luogo, depono la difficoltà di traduzione in italiano del primo significato indicato, a fronte di una traduzione letterale con il termine *politica*, riferito però comunemente all’arte del governo. Si veda *Oxford English Dictionary*, Oxford, Third Edition, 2006. Con riferimento all’integrazione del diritto della concorrenza nel più ampio spettro valoriale caratterizzante i vari ordinamenti, non si può non fare riferimento alla celebre metafora, elaborata dal Professor Ezrachi, del diritto antitrust rappresentato come una spugna imbevuta del tessuto valoriale che costituisce una data società, A. Ezrachi, *Sponge*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 5/2017, p. 49 ss.

minore attrattività come modello di riferimento per i Paesi in via di sviluppo⁹ o i dati che evidenziano un livello molto basso di *enforcement*¹⁰.

Nel contesto appena descritto, risultano infine innumerevoli le spinte verso una ‘riforma’ o comunque un ‘aggiornamento’ del diritto della concorrenza, rese quantomai pressanti dal continuo incedere dei cosiddetti *tech giants* (Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft). Il terreno dell’abuso di posizione dominante¹¹ pare costituire quello che potremmo definire il settore di avanguardia in questo processo di rinnovamento, atteso che il sempre maggiore potere di mercato che caratterizza i *giganti del web* determina una perdita di equilibrio (*tipping*)¹² dei mercati in cui operano, i quali – a causa delle caratteristiche che esamineremo *infra* – risultano sempre meno accessibili per i nuovi entranti, nonché privi di reali scelte per i consumatori. Di conseguenza – in aggiunta a un dibattito dottrinale molto attivo – alcune decisioni delle Autorità competenti, nonché svariate proposte di riforma legislativa, sono state protagoniste di un recente cambio di paradigma nella disciplina antitrust, volto a un’applicazione più aggressiva delle regole di concorrenza. La necessità di una svolta in tal senso è suggerita anche dalla recente attualità, con particolare riferimento, tra gli altri, ai cosiddetti *Facebook files*¹³, resi noti dal Wall Street Journal. La vicenda, originata dal *whistleblowing* di Frances Haugen, ex dipendente del social

⁹ Si veda, *inter alia*, W.E. Kovacic, *Competition Policy in the European Union and the United States: Convergence or Divergence?*, in X. Vives (ed.), *Competition Policy in the EU: Fifty Years on from the Treaty of Rome*, Oxford, 2009, p. 314 ss. Ivi l’Autore giustifica la prevalenza del modello europeo con riferimento alla prevalenza di sistemi di *civil law* nella maggioranza dei Paesi che hanno introdotto o comunque hanno intenzione di adottare un *corpus* di norme *antitrust*. Risulta peraltro interessante notare in questa sede che attualmente, secondo stime dell’OCSE, più di 125 Paesi hanno adottato una legislazione *antitrust*. A tal proposito, si veda *OECD Competition Trends 2020*, p. 3 (<http://www.oecd.org/daf/competition/OECD-Competition-Trends-2020.pdf>).

¹⁰ T. Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, New York, 2020, p. 118; M. Steinbaum e M.E. Stucke, *The Effective Competition Standard: A New Standard for Antitrust*, in *The University of Chicago Law Review*, 87-2/ 2020, p. 599, i quali riferiscono di un solo importante caso in materia di monopolizzazione sostenuto dal “Department of Justice” ai sensi della *Section 2* dello “Sherman Act” negli ultimi 20 anni, il noto caso “Microsoft”.

¹¹ Nel corso del testo si utilizzerà perlopiù l’espressione *abuso di posizione dominante*, sebbene essa faccia riferimento alla fattispecie di cui all’articolo 102 TFUE. Infatti, nel contesto statunitense, con riguardo alla *Section 2* dello *Sherman Act*, viene utilizzato il termine *monopolisation*. Le due espressioni indicano il medesimo concetto di fondo, sebbene talune differenze permangano, soprattutto con riferimento alla quota di mercato che un’impresa deve detenere al fine dell’intervento antitrust, si veda OCSE, *Abuse of Dominance and Monopolisation*, 1996, p. 9, disponibile all’indirizzo <https://www.oecd.org/competition/abuse/2379408.pdf>. In UE, infatti, la Comunicazione relativa all’applicazione dell’articolo 102 TFUE, al punto 14, presume l’insussistenza di una posizione dominante qualora la quota di mercato di un’impresa risulti inferiore al 40% sul mercato dominante. Si veda Comunicazione della Commissione – Orientamenti sulle priorità della Commissione nell’applicazione dell’articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all’esclusione dei concorrenti, in GU 2009/C 45/02. Diversamente, negli Stati Uniti non si fa riferimento ad un’esatta percentuale sopra la quale vi sarebbe una presunzione di *monopoly power*. Da un’analisi delle varie decisioni assunte dalle Corti statunitensi si può indicare, come valore di riferimento, una quota di mercato del 90%, oltre la quale difficilmente viene negata la sussistenza di una posizione dominante nel mercato rilevante. Tuttavia, le Corti, sulla base di svariati elementi, quali importanti barriere all’entrata o l’assenza di concorrenti di rilievo, possono riconoscere tale posizione come sussistente anche a fronte di percentuali inferiori (così come percentuali superiori al 90% possono comunque vedere esclusa l’esistenza di una posizione dominante). Sul punto si veda D.F. Broder, *US Antitrust Law and Enforcement*, Oxford, 2016, pp. 89-91.

¹² Il termine è stato tradotto con l’espressione *perdita di equilibrio* in conformità alla traduzione fornita dalla Commissione Europea nella versione italiana della proposta di Regolamento per un “Digital Markets Act” (si veda nota n. 142), ai considerando n. 25 e 26. In particolare, il fenomeno del *tipping* in un dato mercato si riscontra nel momento in cui un operatore economico riesce a sottrarsi alla pressione concorrenziale degli altri operatori presenti sul medesimo mercato grazie a un vantaggio iniziale. In altri termini, il *tipping* si verifica quando l’operatore uscito ‘vincitore’ dal confronto concorrenziale ottiene una posizione di dominio pressoché totale sul mercato in oggetto. Sul punto si veda, tra gli altri, N. Petit e N. Moreno Bellos, *A Simple Way to Measure Tipping in Digital Markets*, in “Promarket”, 6 aprile 2021 (<https://promarket.org/2021/04/06/measure-test-tipping-point-digital-markets/>). Tuttavia, a parere di chi scrive, la traduzione fornita nella proposta di Regolamento cui si è fatto riferimento, seppur autorevole, pare non cogliere del tutto l’accezione veicolata dall’espressione inglese. Pertanto, il termine potrebbe essere reso in modo più efficace attraverso l’impiego della parola *saturazione* (del mercato interessato), intesa come “processo attraverso cui una determinata proprietà [...] di un sistema [...] tende ad assumere un valore sempre più vicino a un valore estremo che è il più alto valore compatibile con le condizioni esterne”, si veda *saturazione* in “Vocabolario Treccani” (<https://www.treccani.it/vocabolario/saturazione/>).

¹³ *The Facebook Files*, in “Wall Street Journal” (<https://www.wsj.com/articles/the-facebook-files-11631713039>).

network, ha portato ad una deposizione della stessa dinanzi al Senato americano nell'ottobre 2021¹⁴, nella quale è stato rivelato che Facebook avrebbe adottato comportamenti 'pericolosi' per la democrazia e per la salute delle persone, pur di mantenere i propri margini di profitto. In particolare, tra le varie accuse, è stato sostenuto che l'algoritmo di filtraggio applicato dal social network non sarebbe stato impiegato con riferimento ai profili di alcuni personaggi di rilievo, così come alla base di alcune decisioni della società sarebbero state poste considerazioni di carattere politico. Ciò, come evidente, visto il ruolo di fonte di informazioni che Facebook ricopre per molti cittadini, può ripercuotersi sulla salute delle nostre democrazie¹⁵. Inoltre, è stato anche affermato che Facebook sarebbe stato a conoscenza del fatto che l'algoritmo di Instagram potesse avere conseguenze negative, come l'insorgenza di disordini alimentari, su molte ragazze adolescenti¹⁶. Per tutti questi motivi, risulta evidente il pericolo – per lo meno potenziale – derivante dalla concentrazione eccessiva di potere di mercato in capo ad un ristretto gruppo di società e come i paradigmi antitrust legati solamente all'efficienza non possano essere sufficienti al fine di fornire risposte adeguate alle problematiche appena descritte. Queste ultime riguardano, invero, una sfera valoriale ben più ampia di quella prettamente economica.

Pertanto, lo scopo del presente articolo è quello di descrivere innanzitutto il differente quadro politico e di *policy* sottostante alla creazione e alla successiva evoluzione della normativa pro-concorrenziale, tanto negli Stati Uniti, quanto nell'Unione Europea. Verranno in particolare analizzate le differenze di approccio anticipate nei capoversi precedenti. Inoltre, sempre con riferimento ai summenzionati obiettivi di *policy* della disciplina, verrà esaminato il ruolo che il diritto della concorrenza dovrebbe rivestire nella lotta alle disuguaglianze. Successivamente, in seguito ad un rapido inquadramento delle problematiche antitrust poste dalla digitalizzazione, verrà svolta una disamina delle nuove proposte di riforma e delle decisioni più avanguardiste adottate dalle Autorità garanti, basate proprio sul sostrato valoriale precedentemente descritto. In tal senso si dimostrerà come l'approccio unionale, lungi dall'essere solamente 'tecnicistico' – come troppo spesso descritto – possa rappresentare il giusto compromesso tra esigenze di apertura del mercato mediante *enforcement* della normativa antitrust ed esigenze di non discriminazione delle imprese, nonché di certezza del diritto.

2. La storia e i fini del diritto della concorrenza

Le recenti proposte di riforma del diritto della concorrenza, nonché le soluzioni di stampo progressista auspicate da alcuni studiosi nel dibattito accademico sul tema, non possono essere comprese senza un'analisi del sostrato valoriale su cui si fondano le regole di concorrenza. Pertanto, nei due sottoparagrafi seguenti verrà sinteticamente ripercorsa l'evoluzione del diritto antitrust nei due sistemi giuridici di riferimento, ovvero gli Stati Uniti d'America e l'Unione Europea.

¹⁴ Peralto, vale la pena ricordare che Frances Haugen è stata ascoltata anche dal Parlamento Europeo in data 8 novembre 2021. La registrazione dell'audizione è disponibile all'indirizzo https://multimedia.europarl.europa.eu/en/committee-on-internal-market-and-consumer-protection_20211108-1645-COMMITTEE-IMCO_vd. Si vedano anche, tra gli altri, Parlamento Europeo, *Frances Haugen to MEPs: EU digital rules can be a game changer for the world*, 8 novembre 2021, (https://www.europarl.europa.eu/news/pt/press-room/20211107IPR_16801/frances-haugen-to-meps-eu-digital-rules-can-be-a-game-changer-for-the-world); *Talpa di Facebook, norme Ue possono salvare democrazie*, in "ANSA", 8 novembre 2021 (<https://www.ansa.it/europa/notizie/europarlamento/news/2021/11/08/talpa-di-facebook-norme-ue-possono-salvare-democrazie-e7efb5b7-8c04-41de-9fb3-16dc93316357.html>); C. Zakrzewski e P. Stein, *Facebook whistleblower hearing shows European policymakers are ahead of the US in regulating Big Tech*, in "The Washington Post", 8 novembre 2021 (<https://www.washingtonpost.com/technology/2021/11/08/haugen-facebook-whistleblower-eu-testimony/>).

¹⁵ Secondo i dati riportati in M.E. Stucke e A. Ezrachi, *Competition Overdose, How Free Market Mythology Transformed Us from Citizen Kings to Market Servants*, New York, 2020, p. 210, oltre il 40% degli americani riceve le proprie news su Facebook. Gli Autori, peraltro, a p. 216 fanno anche riferimento alle influenze russe, tramite Facebook e Google, sulle elezioni presidenziali statunitensi del 2016.

¹⁶ *Ibid.* Si vedano anche M. McCluskey, *From Instagram's Toll in Teens to Unmoderated 'Elite' Users, Here's a Break Down of the Wall Street Journal's Facebook Revelations*, in "Time", 15 settembre 2021 (<https://time.com/6097704/facebook-instagram-wall-street-journal/>); B. Perrigo, *How Facebook Forced a Reckoning by Shutting Down the Team That Put People Ahead of Profits*, in "Time", 7 ottobre 2021 (<https://time.com/6104899/facebook-reckoning-frances-haugen/>).

2.1. Stati Uniti d'America

Gli Stati Uniti d'America rappresentano senza alcun dubbio il primo sistema compiuto di regole volto a regolamentare l'emergere di grandi conglomerati industriali di carattere privato.

L'ostilità verso i monopoli si riscontra originariamente già nell'Inghilterra del XVII secolo e un esempio significativo è rappresentato dall'emanazione dello *Statute of Monopolies* del 1624. Si trattava tuttavia di una regolamentazione riferita ai monopoli di carattere pubblico¹⁷. Il connotato negativo rivestito dalle concentrazioni monopolistiche è ravvisabile anche da alcuni passi della celebre decisione *Darcy v. Allen* (meglio conosciuta come, appunto, "The Case of Monopolies") del Queen's Bench, risalente al 1602¹⁸. In particolare, un passaggio che non sconta affatto gli oltre 400 anni trascorsi, sottolinea come i monopoli portino ad aumenti di prezzo che rendono la merce non più commerciabile e come, di conseguenza, ciò porti a un impoverimento degli individui che, mediante il proprio lavoro manuale, hanno creato la merce in oggetto¹⁹. È proprio questo aspetto – che potremmo definire di tipo sociale – di ostilità verso i monopoli, ad aver caratterizzato gli albori del dibattito generatosi sul tema negli Stati Uniti. Nei carteggi intrattenuti tra James Madison e Thomas Jefferson veniva infatti esternata la contrarietà di quest'ultimo alla non inclusione di una previsione relativa ai monopoli nel Bill of Rights²⁰. Il medesimo registro viene adottato anche dall'interlocutore, il quale, in una lettera successiva, illustra il sistema monopolistico come portatore del sacrificio di molti in favore di pochi²¹. Ad ogni modo, con l'avvento dell'industrializzazione, la nascente e vivace economia americana vedeva la contrapposizione concorrenziale di svariate imprese. Tuttavia, in modo pressoché analogo a quanto sta accadendo al momento con i *tech giants* (oggetto di analisi *infra*), le imprese che risultavano vincitrici di questo scontro concorrenziale erano portate a elaborare strumenti volti a rafforzare e stabilizzare la posizione di potere ottenuta sul mercato²². Tra questi assunse un ruolo preminente il trust, consistente nel coordinamento delle politiche di prezzo tra imprese concorrenti per mezzo dello scambio di deleghe di voto tra i loro amministratori²³. Il tutto, inoltre, deve essere contestualizzato in un periodo storico caratterizzato dalla trasformazione dell'economia americana, prettamente agricola, verso la produzione industriale di massa, connotata da costi fissi molto alti, che rendevano più difficoltoso l'ingresso sul mercato di nuove realtà imprenditoriali²⁴. L'incedere di questa trasformazione, nelle parole del celebre storico Richard Hofstadter, viene descritto come "irresistibile", al punto che "nessuno sapeva quando o come esso potesse essere fermato"²⁵. La conseguenza naturale di quanto finora descritto non poteva che essere l'emanazione dello Sherman Act nel 1890, definito dalla Corte Suprema come la "Magna Carta della libera impresa" e descritto come "importante per il mantenimento della libertà economica e d'impresa quanto lo è il Bill of Rights per la protezione delle libertà fondamentali di carattere personale"²⁶.

¹⁷ T. Wu, *The Curse of Bigness*, cit., p. 54; I. Lianos, V. Korah, P. Siciliani, *Competition Law*, Oxford, 2019, p. 52.

¹⁸ Queen's Bench, 1602, *Darcy v. Allen (The Case of Monopolies)*, (1602) 77 E.R. 1260.

¹⁹ *Ibid.*, 1263. Si veda anche I. Lianos, V. Korah, P. Siciliani, *Competition Law*, cit., p. 52.

²⁰ Lettera di Thomas Jefferson a James Madison, 20 dicembre 1787, riportata da P. Raj, *Antimonopoly Is as Old as the Republic*, in "Promarket", 22 May 2017 (<https://promarket.org/2017/05/22/antimonopoly-old-republic/#:~:text=Anti%20trust%20and%20the%201890%20Sherman%20Act&text=Business%20historian%20Richard%20John%20of,as%20old%20as%20the%20republic.%E2%80%9D>). Si veda anche S.G. Calabresi e L. Price, *Monopolies and the Constitution: A History of Crony Capitalism*, in Northwestern University School of Law Scholarly Commons, Faculty Working Papers no. 214, 2012, pp. 30-31 (https://scholarly_commons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1213&context=facultyworkingpapers).

²¹ Lettera di James Madison a Thomas Jefferson, 17 ottobre 1788, riportata da P. Raj, *Antimonopoly is as Old as the Republic*, cit.

²² G. Amato, *Il potere e l'antitrust: il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998, p. 13.

²³ *Ibid.*, pp. 13-14.

²⁴ H.B. Thorelli, *The federal antitrust policy: Origination of an American Tradition*, Baltimore, 1955, pp. 161-163.

²⁵ R. Hofstadter, *What Happened to the Antitrust Movement?*, in R. Hofstadter (ed.), *The Paranoid Style in American Politics and Other Essays*, Chicago, 2008, p. 196 (prima ed. 1965).

²⁶ U.S. Supreme Court, sentenza 29 marzo 1972, *United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596 (1972), punto 610, traduzione libera dell'Autore.

Lo Sherman Act, da un punto di vista formale, è caratterizzato, in particolare, dalle previsioni delle *Sections I e II*, rispettivamente volte a contrastare i cartelli e i comportamenti monopolistici di carattere unilaterale. Lo stile presenta formulazioni ampie, le quali hanno il vantaggio di rendere questo strumento ancora funzionale, anche a più di un secolo di distanza dalla sua adozione²⁷. Tuttavia, ciò conferisce un ampio margine discrezionale alle Corti, chiamate pertanto ad integrare il significato delle previsioni legislative, come sottolineato dalla stessa Corte Suprema²⁸. Chiaramente, quest'impostazione ha permesso al diritto antitrust statunitense di essere interpretato in modo differente a seconda delle circostanze sussistenti in un dato periodo storico e delle correnti dottrinali via via prevalenti. Questa caratteristica, indubbiamente favorita dal sistema di *common law* in cui si innesta la normativa antimonopolistica d'oltreoceano, ha portato alcuni eminenti studiosi ad elaborare la fortunata metafora del diritto antitrust americano come un pendolo che oscilla tra le varie interpretazioni che di esso si sono progressivamente succedute²⁹. In particolare, la scena è stata dapprima occupata da un approccio maggiormente interventista, connotato dalla volontà di mantenere i mercati competitivi da un punto di vista strutturale, ovvero evitando – per quanto possibile – la formazione di grandi concentrazioni industriali. Successivamente, l'interpretazione della normativa antitrust è stata invece improntata alle dottrine economiche del *laissez-faire* ed era volta, in sintesi, ad ottenere la massima efficienza possibile sul mercato attraverso il processo concorrenziale. Risulta chiaro come la prima impostazione fosse più vicina ad una disciplina della concorrenza attenta ai risvolti sociali delle *market failures*, mentre la seconda risultasse invece più allineata alle ragioni di un mercato diretto alla massima produttività mediante l'utilizzo più efficiente possibile delle risorse. Secondo quest'ultima impostazione, peraltro, il diritto antitrust non sarebbe chiamato a occuparsi delle problematiche sociali, quali le disuguaglianze, e della struttura del mercato, in quanto eventuali storture sarebbero automaticamente risolte dalla 'mano invisibile' smithiana in esso operante. Come vedremo *infra*, la prima impostazione ha caratterizzato i primi anni di operatività della disciplina anticoncorrenziale statunitense, per poi essere riscoperta nell'ultimo decennio per mezzo della già menzionata corrente dell'"Hipster Antitrust" o "Neo-Brandesiana". La seconda, invece, si è affermata in seguito all'emersione delle teorie propugnate dalla Scuola di Chicago. Come anticipato, negli Stati Uniti il dibattito è stato spesso incentrato proprio sul ruolo che il diritto della concorrenza deve ricoprire nel mercato e, in senso lato, nella società. Pertanto, a questo punto, risulta necessario ricostruire brevemente le tappe che hanno caratterizzato il diritto della concorrenza americano.

Risalendo ai lavori parlamentari che hanno portato all'adozione dello Sherman Act, appare abbastanza evidente come l'intento, in specie di fronte al contesto economico descritto *supra*, fosse quello di mantenere il mercato competitivo ed aperto all'ingresso di nuove imprese³⁰. Tale lettura può essere inferita da alcuni passaggi pronunciati dal Senatore Sherman, il quale sostenne che le misure adottate erano necessarie "al fine di preservare la libertà di commerciare e produrre, ovvero la concorrenza naturale che fa accrescere la produzione e diminuire i prezzi"³¹. Quanto citato sembra deporre verso un concetto di concorrenza intesa come rivalità, data dall'assenza di operatori aventi un eccessivo potere sul mercato³². Pertanto, l'obiettivo primario del diritto della concorrenza appariva quello del mantenimento di una *struttura* competitiva del mercato, mentre altri benefici collegati, come gli aumenti di produzione, il ribasso dei prezzi e i conseguenti risvolti positivi dal punto di vista sociale, erano percepiti come un prodotto secondario, portato proprio dalla struttura aperta del mercato³³. Secondo un'efficacissima metafora elaborata da Thorelli, il

²⁷ H.B. Thorelli, *The federal antitrust policy*, cit., p. 229.

²⁸ U.S. Supreme Court, sentenza 27 maggio 1940, *Apex Hosiery Co. v. Leader*, 310 U.S. 469 (1940), punto 489.

²⁹ D.F. Broder, *U.S. Antitrust Law and Enforcement*, cit., p. 5; E.M. Fox, *The Efficiency Paradox*, in R. Pitofsky (ed.), *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, Oxford, 2008, p. 77.

³⁰ B. Orbach, *How Antitrust Lost its Goal*, in *Fordham Law Review*, 81/2013, p. 2262; S. Vaheesan, *The Profound Nonsense of Consumer Welfare Antitrust*, in *The Antitrust Bulletin*, 64(4)/2019, pp. 480-481.

³¹ H.B. Thorelli, *The federal antitrust policy*, cit., pp. 168-169.

³² C. Osti, *Antitrust: a Heimlich manoeuvre*, in *European Competition Journal*, 11(1)/2015, p. 228.

³³ E.M. Fox, *The Efficiency Paradox*, cit., p. 88.

diritto della concorrenza sarebbe da intendersi come una pattuglia che controlla le strade del commercio al fine di garantire che esse siano libere e percorribili da chiunque³⁴. Di conseguenza, secondo il medesimo Autore, i veri beneficiari della nuova legislazione sarebbero i piccoli proprietari, i quali non si vedrebbero schiacciati dalle emergenti *corporations*. In tal senso lo Sherman Act sarebbe caratterizzato proprio da un "proposito sociale".³⁵

La concezione 'strutturalista' del diritto della concorrenza appena esposta traspare anche dalle prime decisioni adottate in seguito all'emanazione dello Sherman Act. In particolare, nel caso *Trans Missouri*, deciso nel 1897, la Corte Suprema statui la contrarietà alla normativa antitrust di un cartello di prezzo tra vari operatori ferroviari³⁶. Sebbene tale accordo fosse in un certo senso favorevole ai consumatori³⁷, la Corte lo ritenne illegittimo, in quanto lesivo della concorrenza intesa in senso stretto e strutturale³⁸. Successivamente, nel 1911 fu la volta del *break-up* della Standard Oil, società che controllava più del 90% del mercato statunitense della raffinazione petrolifera³⁹ (spesso rappresentata, in illustrazioni dell'epoca, come una piovra capace di catturare le varie istituzioni politiche ed economiche statunitensi). In questa decisione venne adottato un approccio maggiormente ancorato alla *rule of reason*, ovvero volto a valutare, insieme alla posizione detenuta sul mercato, anche la ragionevolezza della condotta in oggetto. In ogni caso, la condotta della Standard Oil fu considerata illegittima e si giunse alla dissoluzione della società⁴⁰.

In questa fase fu centrale la figura del giudice Louis Brandeis, divenuto componente della Corte Suprema nel 1916 per nomina del Presidente Wilson. In sintesi, lungi dall'essere radicale, la concezione brandeisiana della società e dell'economia era votata alla prevalenza del benessere generale⁴¹, inteso come un *metriotes*⁴², ossia un equilibrio tra gli interessi e le necessità di tutti gli attori presenti sul mercato. Con particolare riferimento all'antitrust, Brandeis non vedeva di buon occhio l'eccessiva concentrazione di potere economico, in quanto essa poteva facilmente portare a condotte abusive⁴³. A tal fine, lo Stato doveva avere la possibilità di intervenire nell'economia per correggerne le distorsioni, anche tramite interventi di *breakup*⁴⁴.

In seguito, la crisi del 1929 determinò una sorta di sospensione dell'applicazione delle regole di concorrenza in favore di un intervento massiccio dello Stato nell'economia, diretto a risollevarne le sorti⁴⁵. Successivamente, nel periodo intercorrente tra gli anni '40 e '70, il diritto della concorrenza vide la prevalenza del modello strutturale, giustificato da una sorta di «patto politico», secondo il quale proprio l'antitrust costituiva il perfetto punto di equilibrio tra la regolazione eccessiva del mercato e il *laissez-faire* indiscriminato⁴⁶. In questo contesto si creò una sorta di sistema preordinato a garantire il buon funzionamento dell'economia di mercato, senza tuttavia tralasciare

³⁴ H.B. Thorelli, *The federal antitrust policy*, cit., p. 226.

³⁵ *Ibid.*, p. 227.

³⁶ U.S. Supreme Court, sentenza 22 marzo 1897, *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290 (1897).

³⁷ G. Amato, *Il Potere e l'Antitrust*, cit., pp. 15-16.

³⁸ 166 U.S. 290 (1897), in particolare punti 328 e 337. Sebbene, secondo l'opinione dissenziente del Giudice White, l'interpretazione fornita dalla Corte risultasse contraria alla *rule of reason* nei rapporti contrattuali appartenente alla tradizione di *common law*: si vedano i punti da 343 della sentenza in oggetto.

³⁹ J.B. Baker, *The Antitrust Paradigm. Restoring a Competitive Economy*, New Haven, 2019, p. 36.

⁴⁰ 221 U.S. 1 (1911), punto 1. Si vedano anche H.L. Wilgus, *The Standard Oil Decision: The Rule of Reason*, in *Michigan Law Review*, 9/1911, p. 645 e J.B. Baker, *The Antitrust Paradigm*, cit., p. 37.

⁴¹ M.I. Urofsky, *Louis D. Brandeis: A Life*, New York, 2009, p. 134; J. Rosen, *Louis D. Brandeis: American Prophet*, cit., 2016, pp. 43, 49-50.

⁴² Da intendersi come l'ideale classico di misura e moderazione, brillantemente rappresentato dall'*aurea mediocritas* presente in Orazio, *Odi*, II, 10, 5.

⁴³ L.D. Brandeis, *The New England Transportation Monopoly*, pronunciato a Boston dinanzi alla New England Dry Goods Association, 11 febbraio 1908 (<https://louisville.edu/law/library/special-collections/the-louis-d.-brandeis-collection/business-a-profession-chapter-16>).

⁴⁴ J. Rosen, *Louis D. Brandeis: American Prophet*, cit., pp. 51, 62-63, si vedano in particolare le note a piè di pagina n. 75 e 76 a p. 51.

⁴⁵ Soprattutto attraverso il *National Industrial Recovery Act (NIRA)* del 1933. Si vedano, *inter alia*, E. Combe, *Économie et politique de la concurrence*, Paris, 2020, p. 68 e J.B. Baker, *The Antitrust Paradigm*, cit., p. 38.

⁴⁶ J.B. Baker, *The Antitrust Paradigm*, cit., pp. 38-41.

gli aspetti sociali. Questi ultimi, infatti, furono oggetto di un'apposita legislazione volta a porre rimedio a eventuali *market failures*⁴⁷, in quanto, come è noto, spesso la crescita portata da un sistema concorrenziale è anche suscettibile di determinare situazioni socialmente pregiudizievoli. Tuttavia, se il circuito economico nel suo complesso riesce a rendere questi "effetti collaterali" temporanei ed è in grado di riassorbirli, è possibile raggiungere un ottimo tra le varie esigenze in gioco in questo modello economico. In tale periodo, si distinguono alcune decisioni, tra le quali spiccano quella resa nel caso *Alcoa* dal noto giudice Learned Hand⁴⁸, e dalla Corte Suprema nel caso "Brown Shoe"⁴⁹, nei quali si fa riferimento alla preferenza per un sistema economico incentrato su piccoli produttori o comunque su una forte deconcentrazione⁵⁰.

Quanto riportato nel paragrafo precedente subì un cambiamento radicale nel corso degli anni '70, con l'avvento della cosiddetta Scuola di Chicago, la quale vantò tra i suoi più illustri esponenti il già menzionato Robert Bork e Aaron Director. In sintesi, la grande rivoluzione portata da questa scuola di pensiero fu quella di ancorare in misura maggiore l'applicazione del diritto antitrust agli studi economici, intento da ritenersi lodevole⁵¹, purché, tuttavia, le motivazioni di carattere economico non diventino le sole prese in considerazione. Inoltre, con riferimento a quello che si può definire lo *standard*, ovvero la stella polare per l'applicazione delle regole di concorrenza, la Scuola di Chicago introdusse l'espressione sibillina "consumer welfare", che potremmo tradurre con "benessere del consumatore". Tuttavia, tanto l'espressione inglese quanto la sua traduzione possono risultare fuorvianti, in quanto Bork, con tale concetto, intendeva probabilmente quello che viene definito "total surplus", riferendosi quindi all'insieme degli attori presenti sul mercato⁵². In tal senso, il benessere del consumatore e l'efficienza non venivano visti come concetti separati, ma, anzi, come un solo obiettivo da perseguire⁵³. Così facendo, però, come sostenuto da Orbach, il benessere del consumatore è divenuto una sorta di "cavallo di Troia" che – utilizzando l'efficace espressione di Steinbaum e Stucke – ha "dirottato"⁵⁴ il diritto della concorrenza verso propositi efficientistici lontani dallo spirito sociale che – come si è visto – aveva ispirato i lavori del Congresso volti all'emanazione dello Sherman Act⁵⁵. A partire da questo momento, anche le Corti iniziarono a fondare i propri processi decisionali sugli assunti portati dalla Scuola di Chicago. Ne sono un esempio le decisioni rese, tra le altre, nei casi *Sylvania*⁵⁶, *Brooke Group*⁵⁷, *Leegin*⁵⁸ e *Trinko*⁵⁹. In quest'ultimo caso è rimasto celebre il passo dell'opinione della Corte, espressa dal giudice Scalia, nel quale viene sostenuto che sia proprio la possibilità di praticare prezzi monopolistici a stimolare l'acume imprenditoriale⁶⁰.

In seguito, l'antitrust americano è andato incontro al «profondo gelo» cui fa riferimento Tim Wu e non è più stato in grado di contrastare la crescente concentrazione del mercato, che ha invece

⁴⁷ *Ibid.*, p. 41.

⁴⁸ U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, sentenza 12 marzo 1945, *United States v. Aluminium Co. of America et al.*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

⁴⁹ U.S. Supreme Court, sentenza 25 giugno 1962, *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962).

⁵⁰ Si vedano, in particolare 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945), punti 427-428 e 370 U.S. 294 (1962), punti 315 e 344.

⁵¹ Si sosteneva, in particolare, che la valutazione di parametri non economici gravasse le Corti di un onere eccessivo. Sul punto si veda W.E. Kovacic, *The Chicago Obsession in the Interpretation of US Antitrust History*, in *The University of Chicago Law Review*, 87(2)/2020, p. 474.

⁵² R. Bork, *The Antitrust Paradox*, cit., p. 90; D. Hildebrand, *The equality and social fairness objectives in EU competition law: The European school of thought*, in *Concurrences*, 2017, 1, pp. 6-8; B. Orbach, *The Antitrust Consumer Welfare Paradox*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 7(1)/2010, pp. 138-142.

⁵³ D.A. Crane, *The Tempting of Antitrust: Robert Bork and the Goals of Antitrust Policy*, in *Antitrust Law Journal*, 79(3)/2014 p. 837.

⁵⁴ Efficace espressione utilizzata da M. Steinbaum e M.E. Stucke, *The Effective Competition Standard: A New Standard for Antitrust*, cit., p. 595.

⁵⁵ B. Orbach, *Was the Crisis in Antitrust a Trojan Horse?*, in *Antitrust Law Journal*, 79(3)/2014, p. 881.

⁵⁶ U.S. Supreme Court, sentenza 23 giugno 1977, *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).

⁵⁷ U.S. Supreme Court, sentenza 21 giugno 1993, *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209.

⁵⁸ U.S. Supreme Court, sentenza 28 giugno 2007, *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

⁵⁹ U.S. Supreme Court, sentenza 13 gennaio 2004, U.S. Supreme Court, sentenza 13 gennaio 2004, *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004) 305 F.3d 89.

⁶⁰ *Ibid.*, para. III.

caratterizzato gli ultimi decenni⁶¹. Tuttavia, come si è anticipato, recentemente si è sviluppato un movimento – quello “Hipster” o “Neo-Brandesiano” – indirizzato alla critica del “consumer welfare antitrust” e alla conseguente riscoperta dei valori fondanti la disciplina antimonopolistica statunitense. In questo contesto, la *policy*, intesa in senso ampio, gioca un ruolo fondamentale, in quanto se da un lato è necessario un impulso politico in senso stretto verso una riforma dell'*antitrust*, sotto un altro profilo si tratta di rimettere al centro del dibattito in materia di concorrenza quei valori politici (intesi in senso valoriale) che negli ultimi decenni sono troppo spesso stati soppiantati da ‘freddi’ concetti economici. Per quanto riguarda il primo aspetto indicato si può affermare che un tentativo iniziale, come anticipato, è stato compiuto attraverso le recenti nomine del Presidente Biden⁶². Tuttavia, stante il sistema statunitense, il vero *policy shift* avverrà solamente nel momento in cui anche le Corti – in particolare la Corte Suprema – avalleranno il rinnovato interesse verso un approccio ‘multi-valoriale’ all'*antitrust*. Quest’ultimo passaggio appare tuttavia più ostico, viste le nomine conservatrici effettuate dal precedente Presidente Trump in seno alla Corte Suprema.

Per quanto concerne invece la riemersione di valori ulteriori rispetto alle pure nozioni economiche, il cambiamento sembra ormai abbastanza acquisito, soprattutto a fronte della sempre più ingombrante presenza dei cosiddetti ‘giganti del web’. Infatti, la loro posizione di ‘gatekeepers’ – come vengono spesso definiti – rispetto, ad esempio, ai contenuti o alle notizie di cui gli utenti possono fruire, ha reso quanto mai evidente un aspetto particolarmente importante già sottolineato dagli ordoliberali, ovvero come il potere economico possa facilmente traslarsi in potere politico. A questo proposito, peraltro, risulta molto efficace l’ulteriore appellativo, coniato da Stucke ed Ezechiel, con cui queste entità vengono indicate: ‘gamemakers’, coloro che controllano il gioco⁶³. In tal senso, pertanto, non si può che concordare con quanto il Professor Pitofsky sosteneva nel bel mezzo della ‘rivoluzione di Chicago’, ovvero che “è cattiva storia, cattiva politica, e cattivo diritto escludere certi valori politici dall’interpretazione del diritto antitrust”⁶⁴.

2.2. Unione Europea

Il diritto della concorrenza nell’Unione Europea ha avuto uno sviluppo diametralmente opposto rispetto all’esperienza statunitense. In particolare, esso è stato frutto più che altro di una creazione di tipo *up-bottom*, quindi mediante una spinta da parte degli attori istituzionali, divergendo così rispetto alla spinta *bottom-up* avvenuta negli Stati Uniti. Tale dicotomia si può ulteriormente riscontrare nel differente approccio dei due sistemi in sede di applicazione delle regole antitrust: infatti, mentre nel contesto americano la maggior parte delle azioni viene instaurata da parte di privati (*private enforcement*), in UE e nei relativi Stati Membri prevale un’applicazione di stampo prettamente amministrativo, condotta da parte della Commissione Europea e delle Autorità Garanti nazionali (*public enforcement*)⁶⁵.

⁶¹ T. Wu, *The Curse of Bigness*, cit., p. 107.

⁶² In tal senso si veda il memorandum contenente le priorità dell’FTC delineate dalla Presidente Lina Khan in data 22 settembre 2021 (https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1596664/agency_priorities_memo_from_chair_lina_m_khan_9-22-21.pdf). In particolare, si segnala una marcata attenzione verso la concentrazione dei mercati e nei confronti delle posizioni dominanti detenute dagli intermediari. Inoltre, viene suggerito un approccio complementare tra il diritto della concorrenza e la tutela del consumatore. Si veda anche L. Feiner, *FTC Chair Lina Khan outlines new vision for antitrust enforcement, consumer protection*, in “CNBC”, 23 settembre 2021 (<https://www.cnbc.com/amp/2021/09/23/ftc-chair-khan-outlines-vision-for-antitrust-enforcement-consumer-protection.html>).

⁶³ M.E. Stucke e A. Ezechiel, *Competition Overdose*, cit., pp. 192-224.

⁶⁴ R. Pitofsky, *The Political Content of Antitrust*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 127/1979, p. 1051. Si veda anche S. Vaheesan, *The Profound Nonsense of Consumer Welfare Antitrust*, in *The Antitrust Bulletin*, 64(4)/2019, p. 483, il quale sostiene che la trasformazione del diritto antitrust in senso efficientistico fu basata su una cattiva interpretazione storica.

⁶⁵ In particolare, i dati indicano che negli Stati Uniti le azioni private costituiscono il 95% delle azioni volte all’applicazione delle regole di concorrenza, mentre in UE la componente pubblicistica registra percentuali prossime al 90%. Sul punto si vedano G.A. Benacchio, *Il private enforcement del diritto europeo antitrust: evoluzione e risultati*, in L.F. Pace (cur.), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Padova, 2020, p. 21; R. Chieppa, *Il nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement in Italia e nell’Unione europea: la complementarità tra private e public enforcement*, in G.A.

In Europa l'esigenza di un compiuto sistema di regole poste a tutela della concorrenza si è sentito particolarmente all'indomani del secondo conflitto mondiale, posto che l'eccessiva concentrazione di potere economico che si registrò nella Germania degli anni '30 del XX secolo risultò essenziale ai fini dell'ascesa al potere del partito nazista. In particolare, l'imprenditoria tedesca, inizialmente abbastanza ostile al partito guidato da Hitler, finì successivamente per sostenerlo, ricevendo in cambio la promessa della stabilità necessaria al sistema economico, già colpito dalla fase di crisi che caratterizzò il periodo a cavallo tra gli anni '20 e '30 del 1900⁶⁶. In seguito al secondo conflitto mondiale prese quindi le mosse il processo di integrazione europea, che, come noto, assunse dapprima la forma di unificazione della produzione del carbone e dell'acciaio nella Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA). La creazione di un sistema integrato della produzione europea dei suddetti materiali consentiva, peraltro, di 'controllare' che le industrie tedesche non potessero tornare dominanti nei settori in oggetto, possibilità che destava grande preoccupazione⁶⁷. Nel contesto del sistema dapprima costituito mediante la CECA la regolamentazione della concorrenza rappresentava senza dubbio un aspetto fondamentale. Gli Stati Uniti, peraltro, vista anche la loro posizione in Europa in seguito al conflitto, esercitarono una certa influenza sulla creazione del diritto della concorrenza europeo, sebbene vi siano varie ricostruzioni in merito. Ad esempio, secondo Gerber, gli Stati Uniti agirono perlopiù sottotraccia, in modo indiretto⁶⁸, mentre secondo quanto riportato da Osti e Sir Peter Roth essi caldeggiarono grandemente l'introduzione di una legislazione antitrust⁶⁹. Figura centrale in questo processo fu quella di Jean Monnet, mentre il testo delle disposizioni – dettaglio particolarmente interessante – fu predisposto da Robert Bowie, professore all'Università di Harvard al tempo impiegato al comando statunitense di stanza in Germania, e poi tradotto in un idioma più adatto al diritto europeo da Maurice Lagrange del Conseil d'État francese⁷⁰.

Nel 1957 venne istituita l'allora Comunità Economica Europea e vennero introdotte nel Trattato di Roma – allora agli articoli 85 e 86 – le disposizioni che ancora oggi conosciamo come articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE). Come noto, durante il periodo iniziale dell'unificazione europea l'obiettivo principale consisteva nella creazione di un mercato comune, privo di qualsivoglia barriera doganale, tanto diretta, quanto indiretta. Anche il diritto della concorrenza, *politica* essenziale in questo contesto, non poteva certamente discostarsi da tale obiettivo⁷¹. Pertanto, le decisioni assunte tanto dalla Commissione, quanto dalla Corte di Giustizia, posero l'accento su questo aspetto⁷². In seguito, oltre che sulla creazione del mercato unico, l'attenzione si focalizzò soprattutto sul suo effettivo funzionamento e, anche in questo contesto, la concorrenza venne ritenuta un fattore cruciale⁷³. Di conseguenza, risulta essenziale comprendere quale concetto di concorrenza fosse necessario adottare al fine di raggiungere tali obiettivi. Esso deve identificarsi nella concorrenza

Benacchio e M. Carpagnano (cur.), *Aspetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea*, Atti del VI Convegno biennale Antitrust di Trento, 6-8 aprile 2017, Napoli, 2018, p. 40.

⁶⁶ Sul punto si vedano, *inter alia*, T. Wu, *The Curse of Bigness*, cit., pp. 35-38; M.Y. Sweezy, *The Structure of the Nazi Economy*, New Haven, 1941.

⁶⁷ D.J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, Oxford, 1998, pp. 335-338.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 338.

⁶⁹ C. Osti, *Antitrust: a Heimlich manoeuvre*, cit., pp. 237-238; C. Osti, *Ritorno al contenuto politico della concorrenza*, in M. Graziadei e M. Serio (cur.), *Regolare la complessità. Giornate di studio in onore di Antonio Gambaro. Atti del V Congresso nazionale SIRD. Trapani 24-25 giugno 2016*, Torino, 2017, p. 51-52; Sir P. Roth, *The continual evolution of competition law*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2019, 7, p. 10.

⁷⁰ D.J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, cit., pp. 338-339; C. Osti, *Antitrust: a Heimlich manoeuvre*, cit., p. 238.

⁷¹ R. Wesseling, *The Modernisation of EC Antitrust Law*, Oxford, 2000, pp. 11-12, il quale riferisce che tale obiettivo risultava centrale anche nelle considerazioni dello Spaak Report. Si vedano anche D.J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, cit., p. 352; A. Ezrachi, *Sponge*, p. 53; R. Whish e D. Bailey, *Competition Law*, Oxford, 2018, pp. 23-24.

⁷² Si vedano, a titolo esemplificativo: decisione della Commissione, 23 settembre 1964, *Grundig-Consten*, IV-A/00004-03344, GU 20 ottobre 1964, 2545/64; CGUE, sentenza 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, *Établissements Consten S.à.R.L. e Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commissione*; CGUE, sentenza 25 novembre 1971, causa C-22/71, *Béguelin Import Co. c. S.A.G.L. Import Export*, para. 14-18; CGUE, sentenza 8 novembre 1985, cause riunite da C-96/82 a C-102/82, C-104/82, C-105/82, C-108/82 e C-110/82, *N.V. IAZ International Belgium et al. c. Commissione*, para. 23, 45.

⁷³ R. Wesseling, *The Modernisation of EC Antitrust Law*, cit., p. 33.

intesa in senso istituzionale, la concorrenza in quanto tale, ossia il processo competitivo. In particolare, si suole sottolineare come compito delle istituzioni sia la protezione della concorrenza e non dei concorrenti⁷⁴, eliminando quindi riferimenti maggiormente ‘romantici’, come quelli alla piccola imprenditoria visti in alcune decisioni statunitensi. Tale linea interpretativa si ritrova innanzitutto nella sentenza *Continental Can* della CGUE⁷⁵, nella quale i Giudici di Lussemburgo specificano che l’articolo 102 TFUE “non riguarda soltanto le pratiche che possano causare direttamente un danno ai consumatori, bensì anche quelle che recano loro pregiudizio modificando un regime di concorrenza effettiva, quale è quello di cui all’art. 3, lettera f), del trattato [di Roma]”⁷⁶.

Tuttavia, a partire all’incirca dall’inizio del nuovo secolo, l’onda lunga delle teorie avanzate dalla Scuola di Chicago si palesò anche sul continente europeo, con il nome di “more economic approach”, centrale soprattutto nelle politiche dei Commissari Mario Monti e Neelie Kroes⁷⁷. Senza stare ad approfondire le peculiarità di questo approccio – non essendo questa la sede – si può affermare che tale impostazione mirava, analogamente al ‘precedente’ americano, a fornire un connotato più prettamente economico al diritto della concorrenza, al fine di aumentarne l’autorevolezza e la certezza applicativa. Come detto per il contesto statunitense, tale approccio è certamente lodevole, ma non può essere spinto ad un punto tale per cui il connotato economico arrivi ad oscurare le scelte di *policy* che informano l’intero sistema del diritto unionale, del quale il diritto europeo della concorrenza è emanazione. In ogni caso, il “more economic approach” europeo fu decisamente più moderato rispetto agli assunti della Scuola di Chicago, nonostante l’utilizzo di una terminologia affine. Infatti, anche in UE il “consumer welfare” divenne il faro del diritto antitrust⁷⁸, ma esso fu in ogni caso sempre inteso nel senso del *consumer surplus*⁷⁹. Chiaramente – e in un certo senso anche in modo corretto – anche nel contesto europeo la ricerca dell’efficienza economica assunse un ruolo primario. Inoltre, la valutazione delle condotte anti-competitive si focalizzò sul loro effetto sul mercato piuttosto che sul processo competitivo in quanto tale⁸⁰. Una conferma in questa direzione si ritrova peraltro nella lettera delle linee direttrici del 2004 sull’applicazione dell’allora Articolo 81, paragrafo 3, del Trattato, nelle quali si specifica che “l’obiettivo dell’articolo 81 è tutelare la concorrenza sul mercato come strumento per incrementare il benessere dei consumatori e per assicurare un’allocazione efficiente delle risorse”⁸¹.

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 82-83; C. Osti, *Antitrust: a Heimlich manoeuvre*, cit., p. 247. Si veda anche G.J. Werden, *Essays on Consumer Welfare and Competition Policy*, 2009, 20 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1352032).

⁷⁵ CGUE, sentenza 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione*.

⁷⁶ *Ibid.*, para. 26. Più efficace risulta forse il testo inglese, che fa riferimento all’impatto sull’«effective competition structure». Si veda anche CGUE, sentenza 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione*, para. 91; CGUE, sentenza 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways plc c. Commissione*, para. 106.

⁷⁷ T. Wu, *The Curse of Bigness*, cit., pp. 118-119; C. Osti, *Antitrust: a Heimlich manoeuvre*, cit., p. 243; C. Osti, *Ma a che serve l’antitrust?*, in *Il Foro Italiano*, 2015, V, pp. 114 ss.

⁷⁸ Commissario Mario Monti, *Competition for Consumers’ Benefit*, discorso pronunciato all’European Competition Day, Amsterdam, 22 ottobre 2004 (https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2004_016_en.pdf); M. Monti, *The Future for Competition Policy in the European Union*, discorso pronunciato alla Merchant Taylor’s Hall, Londra, 9 luglio 2001 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_01_340); Commissaria Neelie Kroes, *European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices*, discorso pronunciato all’European Consumer and Competition Day, Londra, 15 settembre 2005 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_05_512); N. Kroes, discorso di apertura tenuto al convegno *Competition and Consumers in the 21st century*, Bruxelles, 21 ottobre 2009 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_09_486).

⁷⁹ Si veda, a titolo esemplificativo, la Comunicazione della Commissione sull’applicazione dell’articolo 102 TFUE, cit., (nota n. 11), dove, al punto 19, si fa riferimento ad effetti negativi per il benessere dei consumatori nel caso di prezzi più elevati, limitazioni di qualità o riduzioni nella scelta a disposizione dei medesimi consumatori. Il rigetto del *total welfare standard* nel contesto europeo è confermato da A. Jones, B. Sufrin e N. Dunne, *Jones and Sufrin’s EU Competition Law*, cit., p. 47.

⁸⁰ P. Lowe, *Consumer Welfare and Efficiency – New Guiding Principles of Competition Policy?*, cit., p. 3; A. Jones, B. Sufrin e N. Dunne, *Jones and Sufrin’s EU Competition Law*, cit., p. 46.

⁸¹ Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull’applicazione dell’articolo 81, para. 3, del trattato, pubblicata in GU 27 aprile 2004, C 101/97, punto 13. Peraltro, l’accento posto sul benessere del *consumatore*, inteso come una sorta di entità a sé stante, può sembrare – alla luce delle considerazioni esposte nel presente contributo e dell’evoluzione intercorsa dall’introduzione in Unione Europea del “consumer welfare” ad oggi – alquanto riduttivo, poiché gli individui,

Tale impostazione fu dapprima varata dalla Commissione, per poi ricevere un endorsement dal Tribunale di Prima Istanza, per esempio nel caso *GlaxoSmithKline*⁸². Tuttavia, la CGUE fu maggiormente prudente, e nella successiva decisione sul medesimo caso, essa rimase fedele all'impostazione precedente e più attenta alla struttura concorrenziale del mercato⁸³. Ad ogni modo, il "more economic approach", sebbene in una versione più temperata⁸⁴, risulta essere ormai patrimonio consolidato del diritto della concorrenza europeo, come testimoniato anche da recenti pronunce della Corte di Giustizia, ad esempio nel noto caso "Intel"⁸⁵. Va tuttavia precisato come il "consumer welfare" standard di stampo europeo non consideri solamente gli effetti di breve periodo sui prezzi, ma anche la qualità dei prodotti, la scelta offerta ai consumatori e il livello di innovazione portata sul mercato⁸⁶. In ogni caso, l'introduzione nell'Unione Europea del "more economic approach" non portò ad un rilassamento eccessivo dell'enforcement antitrust, come avvenne invece negli Stati Uniti. In tal senso è evocativa la vicenda *Microsoft*: mentre negli USA, infatti, in seguito all'insediamento del Presidente George W. Bush, il caso fu definito attraverso una transazione, in Unione Europea il colosso dell'informatica venne severamente sanzionato dalla Commissione nel 2004⁸⁷.

Tuttavia, il dibattito sulle finalità del diritto della concorrenza è tutt'altro che sopito anche in UE. Infatti, la recente crisi economica, insieme alla sfida posta dai cambiamenti climatici e al già menzionato avvento dei 'giganti del web' hanno reso necessario riorientare le regole di concorrenza, le quali necessitano, in un certo senso, di essere riavvicinate agli obiettivi fondanti dell'UE stessa, anch'essa entrata in una sorta di 'crisi di identità' proprio in seguito agli eventi che hanno caratterizzato il precedente decennio. Come conseguenza, altri obiettivi di fondo, come la *fairness*⁸⁸, hanno iniziato a popolare il panorama del diritto della concorrenza. Questo nuovo corso, volto a mantenere il diritto antitrust europeo ancorato a saldi principi economici, senza tuttavia dimenticarne il sostrato valoriale di fondo, è stato promosso dall'attuale Vicepresidente Esecutiva della Commissione Europea, Margrethe Vestager, secondo la quale la politica della concorrenza è necessaria al fine di costruire una società equa, senza tuttavia cancellare le regole e i procedimenti elaborati negli anni dai giuristi e dagli economisti, in quanto la promozione di *fair markets* risulta essere l'essenza stessa della concorrenza⁸⁹. Il concetto di *fairness*, su cui si è concentrato molto il dibattito dottrinale⁹⁰,

prima di essere consumatori, sono anche *cittadini*. Essi risultano pertanto portatori di una molteplicità di diritti e interessi ulteriori rispetto a quelli economici, che anche le dinamiche di mercato sono chiamate a rispettare.

⁸² Tribunale di Prima Istanza, sentenza 27 settembre 2006, causa T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione*, para. 171 e 273.

⁸³ CGUE, *GlaxoSmithKline*, cit., para. 62-63.

⁸⁴ P. Akman, ad esempio, con riferimento all'articolo 102 TFUE, sostiene che la transizione verso un approccio davvero incentrato maggiormente sull'analisi econometrica non si sia ancora conclusa compiutamente. Si veda P. Akman, *The Reform of the Application of Article 102 TFEU*, in *Antitrust Law Journal*, 2016, p. 145 ss.

⁸⁵ CGUE, sentenza 6 settembre 2017, causa C-413/14 P, *Intel Corporation Inc. c. Commissione*, para. 140, in cui si afferma che nel solo caso in cui ciò sia di beneficio nei confronti dei consumatori, i guadagni in termini di efficienza possono controbilanciare un pregiudizio per la concorrenza. Sul punto si veda I. Lianos, V. Korah, P. Siciliani, *Competition Law*, cit., pp. 119-120; A. Jones, B. Sufrin e N. Dunne, *Jones and Sufrin's EU Competition Law*, cit., p. 50. Peraltro, come sostenuto autorevolmente da Ariel Ezrachi, l'approccio seguito dalla Corte di Giustizia in questo caso è da considerarsi controverso, atteso che non prende in considerazione la possibilità di falsi negativi e può spingere a ritenere che qualsivoglia comportamento aggressivo nei confronti di un concorrente meno efficiente sia tollerabile nel caso in cui l'"as efficient competitor test" sia soddisfatto. Si veda A. Ezrachi, *EU Competition Law*, Oxford, 2018, p. 272.

⁸⁶ A. Jones, B. Sufrin e N. Dunne, *Jones and Sufrin's EU Competition Law*, cit., p. 48.

⁸⁷ Commissione Europea, decisione 24 marzo 2004, caso COMP/C-3/37.792, *Microsoft*.

⁸⁸ Una traduzione italiana che possa efficacemente trasporre l'accezione espressa dal termine inglese è particolarmente difficile. Si potrebbe utilizzare i termini "equità" o "correttezza", ma si preferisce non tradurre l'espressione, al fine di non snaturarne il significato. Sulla "non traducibilità" si vedano A. Gambaro e R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2018, p. 10; R. Sacco e P. Rossi, *Introduzione al Diritto Comparato*, Torino, 2017, pp. 31, 53; G. Ajani, D. Francavilla, B. Pasa, *Diritto comparato*, Torino, 2018, p. 80.

⁸⁹ Vicepresidente esecutiva della Commissione Europea M. Vestager, *Fair markets in a digital world*, discorso pronunciato presso la Danish Competition and Consumer Authority, Copenhagen, 9 marzo 2018 (<https://wayback.archive-it.org/12090/20191129214609/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/fair-markets-digital-world>). Si veda anche il discorso *Fairness and competition*, pronunciato dalla stessa M. Vestager alla GCLC

non assurgerebbe tuttavia a parametro in grado di influenzare l'applicazione concreta e quotidiana delle regole di concorrenza rispetto ai singoli casi, ma va considerato piuttosto come un elemento che informa l'intero sistema del diritto della concorrenza da un punto di vista valoriale⁹¹. Proprio in questo frangente esso pare ricollegarsi all'impostazione della difesa del processo competitivo in quanto tale vista *supra*, poiché solamente attraverso un sano gioco della concorrenza i mercati possono restare equi, garantendo in questo modo benefici tanto ai consumatori quanto alle imprese in essi operanti, preservando inoltre la fiducia nei medesimi. Il sostrato dottrinale di tale impostazione va ricercato nel pensiero degli intellettuali cosiddetti ordoliberali, tra i quali spiccano figure come Franz Böhm, Walter Eucken, Wilhelm Röpkke e, sebbene in modo più indiretto, nel panorama italiano, Luigi Einaudi⁹².

Il pensiero ordoliberales nacque durante e in seguito alla dominazione nazista della Germania e al secondo conflitto mondiale. In linea con quanto detto in apertura del presente paragrafo, anche le riflessioni degli ordoliberali erano incentrate sul rapporto tra la concentrazione del potere di mercato e la sua traslazione nel panorama politico, cosa di cui l'esperienza tedesca era l'emblema. In particolare, citando Böhm, essi erano interessati alla «problematica del potere privato in una società libera»⁹³. Essi miravano a un'integrazione dei cittadini all'interno della società democratica, diretta a garantire eguali opportunità di partecipazione a tutti⁹⁴. Al fine di giungere a tale obiettivo, vi era la necessità di uno Stato forte, inteso non in senso autoritario (va rammentato come essi rigettassero la svolta totalitaria della Germania impressa dal regime nazista, così come la debolezza della precedente Repubblica di Weimar, che, in un certo senso, rese possibile l'ascesa di Hitler), bensì capace di svolgere la funzione di arbitro autorevole del mercato. Essi, infatti, credevano in quella che si può definire "costituzione economica", nella quale la concorrenza ricopriva un ruolo fondamentale, poiché considerata quale strumento capace di evitare il formarsi di potentati economici. Pertanto, nel loro pensiero risultava centrale proprio il concetto esaminato *supra* di concorrenza in quanto tale, da intendersi come istituzione⁹⁵. In un certo senso tale approccio ricorda quello dell'antitrust americano

Annual Conference, Bruxelles, 25 gennaio 2018 (https://wayback.archive-it.org/12090/20191129212136/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/fairness-and-competition_en).

⁹⁰ Sul punto si vedano, *inter alia*, D. Gerard, A. Komnios e D. Waelbroeck (eds.), *Fairness in EU Competition Policy: Significance and Implications. An Inquiry into the Soul and Spirit of Competition Enforcement in Europe*, Bruxelles, 2020; N. Dunne, *Fairness and the Challenge of Making Markets Work Better*, in *The Modern Law Review*, 84(2)/2021, p. 230 ss.; A. Lamadrid de Pablo, *Competition Law as Fairness*, in *Journal of European Law & Practice*, 8(3)/2017, p. 147 ss.; R. Whish e D. Bailey, *Competition Law*, cit., pp. 22-23; A. Jones, B. Sufrin, N. Dunne, *Jones & Sufrin's EU Competition Law*, Oxford, 2019, pp. 31-33; D. Hildebrand, *The equality and social fairness objectives in EU competition law: The European school of thought*, cit.; E. Clutterbuck, *Competition policy and the issue of fairness*, in *European Competition Law Review*, 41(7)/2020, p. 323 ss..

⁹¹ In questo senso, si veda il precedente Direttore Generale del DG Comp, Johannes Laitenberger, *Panel on "Fairness in Unilateral Practice Cases"*, discorso pronunciato alla GCLC Conference, Bruxelles, 26 gennaio 2018 (https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2018_02_en.pdf). Si vedano anche A. Ezrachi, *EU Competition Law Goals and The Digital Economy*, Oxford Legal Studies Research Paper No. 17, 2018, pp. 13-14 (https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3222929_code437389.pdf?abstractid=3191766&mirid=1); A. Lamadrid de Pablo, *Competition Law as Fairness*, cit., p. 148.

⁹² Che le teorie ordoliberali rappresentarono una sorta di quadro teorico per lo sviluppo del diritto della concorrenza comunitario è autorevolmente sostenuto anche da A. Jones, B. Sufrin e N. Dunne, *Jones & Sufrin's EU Competition Law*, cit., 45. Le Autrici, tuttavia, sottolineano giustamente come l'ordoliberalismo costituisca un pensiero che si è evoluto nel tempo e non un insieme statico di idee. L'influenza iniziale del pensiero ordoliberales nella prassi iniziale della Commissione e della Corte di Giustizia è confermata anche dall'ex Direttore Generale del DG Comp Philip Lowe. Si veda P. Lowe, *Consumer Welfare and Efficiency – New Guiding Principles of Competition Policy?*, discorso pronunciato alla 13th International Conference on Competition and 14th European Competition Day tenutasi a Monaco di Baviera il 27 marzo 2007, p. 2 (https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2007_02_en.pdf).

⁹³ F. Böhm, *Die Forschungs und Lehrgemeinschaft zwischen Juristen und Volkswirten an der Universität Freiburg in den dreissiger und vierziger Jahren des 20. Jahrhunderts*, in E. J. Mestmäcker (hg.), *Franz Böhm – Reden und Schriften*, Karlsruhe, 1960, p. 162, citato da D.J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, cit., p. 235. Si veda anche D.J. Gerber, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the "New" Europe*, in *The American Journal of Comparative Law*, 42(1)/1994, pp. 29-30.

⁹⁴ D.J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, cit., p. 241. In tale direzione si pone anche la teoria dell'"uguaglianza dei punti di partenza" espressa da L. Einaudi, *Lezioni di Politica Sociale*, Torino, 1949, pp. 169-246.

⁹⁵ D.J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, cit., pp. 250-251; A. Jones, B. Sufrin, N. Dunne, *Jones & Sufrin's EU Competition Law*, cit., pp. 27-28.

delle origini⁹⁶, esaminato in precedenza. Inoltre, analogamente al pensiero di Louis Brandeis, essi miravano all'individuazione di un *metriotes* tra il dirigismo e il *laissez-faire* puro⁹⁷. In conclusione, pertanto, non si può certamente sottostimare l'apporto del pensiero ordoliberal nel contesto del diritto europeo della concorrenza, sebbene quest'ultimo si sia sviluppato successivamente lungo direttrici proprie. In particolare, ciò che in questa sede è opportuno sottolineare è il sostrato valoriale che inserisce il diritto della concorrenza in un più ampio quadro volto a garantire contemporaneamente il progresso economico e l'avanzamento sociale dei cittadini europei. Tale aspetto non può essere trascurato nell'interpretazione delle regole di concorrenza, così come nell'individuazione delle prospettive di riforma che si rendono via via necessarie. Ciò però non deve stupire, poiché, scorrendo tra le righe del Trattato sull'Unione Europea, all'articolo 3, para. 3, si legge che l'Unione "si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa", il quale viene fondato sul concetto di "economia sociale di mercato fortemente competitiva", di forte derivazione ordoliberal⁹⁸. Pertanto, l'Unione non può esimersi dal garantire 'uguali punti di partenza' a tutti i suoi cittadini e, in questa prospettiva, un'applicazione del diritto della concorrenza esclusivamente econometrica e prettamente orientata all'efficienza non può che ritenersi incompatibile con l'intero impianto unionale. Infatti, come è stato sostenuto da autorevole dottrina, il diritto positivo continua a deporre nel senso che il diritto europeo della concorrenza sia diretto a perseguire una molteplicità di obiettivi⁹⁹.

3. La problematica delle disuguaglianze e il possibile ruolo del diritto della concorrenza

Quanto analizzato finora circa le finalità del diritto della concorrenza da un punto di vista più prettamente teorico, necessita ora di essere calato nella realtà sociale ed economica attuale, la quale, tra le grandi problematiche che la caratterizzano, vede un importante aumento del tasso di disuguaglianza nelle economie dei cosiddetti Paesi occidentali. Come suggeriscono i dati riportati da autorevoli studi¹⁰⁰, prendendo come riferimento gli Stati Uniti, i livelli di disuguaglianza risultano drasticamente saliti a partire dagli anni '90 del XX secolo, a fronte di un livello stabile nei precedenti 40 anni¹⁰¹. Ovviamente, sorge spontaneo chiedersi se, tra gli svariati fattori che possono aver determinato tale risultato, non vi sia da annoverare, vista la coincidenza temporale (unita ad un normale periodo di ricezione e assestamento), anche l'avvento delle teorie portate dalla Scuola di Chicago, con il conseguente rilassamento nell'applicazione delle regole di concorrenza.

⁹⁶ G. Monti, *EC Competition Law*, Cambridge, 2007, p. 24.

⁹⁷ D. Hildebrand, *The equality and social fairness objectives in EU competition law: The European school of thought*, cit., p. 3; D.J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, cit., p. 239; C. Ahlborn e C. Grave, *Walter Eucken and Ordoliberalism: An Introduction from a Consumer Welfare Perspective*, in *Competition Policy International*, 2(2)/2006, p. 198, disponibile all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1585797_code454734.pdf?abstractid=1585797&mirid=1.

⁹⁸ L'espressione – sebbene sul punto sussista ancora qualche incertezza – fu coniata da Alfred Müller-Armack nel 1946 e fu centrale nel periodo in cui Ludwig Erhard ricoprì dapprima il ruolo di Ministro delle Finanze della Repubblica Federale di Germania, diventandone in seguito Cancelliere, A. Müller-Armack, *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft*, Monaco di Baviera, 1990. Si vedano anche D.J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, cit., pp. 236-237; C.L. Glossner e D. Gregosz, *The Formation and Implementation of the Social Market Economy by Alfred Müller-Armack and Ludwig Erhard*, Konrad Adenauer Stiftung, 2011 (https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=43f08a1b-2eeb-728c-6d6d-8740bda786fd&groupId=252038).

⁹⁹ I. Lianos, V. Korah, P. Siciliani, *Competition Law*, cit., p. 120. In questo senso, in generale, anche A. Ezrachi, *EU Competition Law Goals and The Digital Economy*, cit.

¹⁰⁰ Alcuni dati di riferimento sul punto possono essere reperiti nel report OCSE *In It Together: Why Less Inequality Benefits All*, OECD Publishing, 2015, in particolare alle figure 1.3, 2.1. Si vedano anche gli studi condotti da Thomas Piketty ed Emmanuel Saez, *Income Inequality in the United States, 1913-1998*, in *Quarterly Journal of Economics*, 2003, 118, p. 1 ss., le cui tabelle aggiornate al 2018 sono state pubblicate nel febbraio 2020 (<https://eml.berkeley.edu/~saez/TabFig2018.xls>).

¹⁰¹ Si vedano, in particolare, le figure 1 e 3 di T. Piketty e E. Saez, *Income Inequality in the United States, 1913-1998*, cit. Peraltro, tali risultanze non riguardano solamente gli Stati Uniti d'America. Infatti, come sottolineato dal grafico redatto dal World Inequality Database (<https://wid.world/country/italy/>) anche in Italia il livello di disuguaglianza risulta molto aumentato, soprattutto a partire dagli anni '90 del XX secolo.

La discussione dottrinale sul punto si è sviluppata con notevole interesse e sono state indagate tanto le cause della situazione appena descritta, quanto i possibili rimedi. Come vedremo nel corso del presente paragrafo, una delle cause è stata individuata nella crescente concentrazione di potere economico in capo a un numero sempre più ristretto di soggetti o imprese. Di conseguenza, prospettandosi una problematica di *market power*, anche il diritto della concorrenza è stato annoverato tra le soluzioni possibili. Sul punto il dibattito si è particolarmente acceso. Invero, se, da una parte, i 'puristi' del diritto antitrust post-Chicago ritengono che la riduzione delle disuguaglianze non sia una tematica di cui si debba occupare il diritto della concorrenza¹⁰², dall'altra, soluzioni più o meno incisive sono state individuate per conferire anche al diritto antitrust un ruolo nel rendere più eque le economie dei nostri Paesi¹⁰³.

In generale, un certo grado di disuguaglianza viene considerato positivamente nei nostri sistemi economici, in quanto una perfetta uguaglianza – che anche la storia ha bollato come chimera – porterebbe ad effetti negativi sulla dinamicità dei mercati¹⁰⁴. Tuttavia, ciò a cui si sta assistendo è un eccesso di disuguaglianza, la quale, al posto di essere benefica, può invece essere portatrice di conseguenze quali la crescita del tasso di povertà, crisi economiche, nonché pericoli per la tenuta stessa del tessuto democratico¹⁰⁵. In tal senso, il mito che la disuguaglianza sia necessaria ai fini della crescita economica è stato nettamente giudicato come «fallace» dal Premio Nobel per l'economia Joseph Stiglitz¹⁰⁶. Addirittura, secondo quanto esposto da Thomas Piketty, la crescita delle disuguaglianze può portare effetti negativi non soltanto sulla crescita delle nostre economie, ma anche sui valori meritocratici e democratici posti a fondamento delle nostre società¹⁰⁷. In particolare, Piketty sostiene che la disuguaglianza sia un effetto inerente al nostro sistema economico e, al fine di arginarla, egli suggerisce la proposta, definita «utile utopia», di una tassa globale sul capitale¹⁰⁸.

Il legame tra eccessivo potere di mercato e disuguaglianze è stato anch'esso analizzato e una correlazione tra essi appare più che evidente, come sottolineato esplicitamente dallo stesso Stiglitz nella sua recente opera "People, Power and Profits"¹⁰⁹. Tuttavia, tale correlazione, se si eccettua un famoso contributo apparso nel 1975¹¹⁰, non era stata oggetto di molti studi approfonditi fino

¹⁰² D.A. Crane, *Antitrust and Wealth Inequality*, in *Cornell Law Review*, 101(5)/2016, p. 1171 ss.; D.D. Sokol, *Antitrust, Industrial Policy, and Economic Populism*, in D. Gerard e I. Lianos (eds.), *Reconciling Efficiency and Equity. A Global Challenge for Competition Policy*, Cambridge, 2019, p. 281 ss.; G. Amato, *Non tocca all'antitrust*, "Tavola rotonda su J.B. Baker e S.C. Salop, *Antitrust, politica della concorrenza, e disuguaglianza*", in *Mercato Concorrenza Regole*, 1/2016, p. 145 ss.

¹⁰³ J.B. Baker e S.C. Salop, *Antitrust, politica della concorrenza e disuguaglianza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1/2016, p. 7 ss.; L. Khan e S. Vaheesan, *Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontent*, in *Harvard Law & Policy Review*, 11/2017, p. 235 ss.; M.E. Stucke e A. Ezrachi, *Competition Overdose*, cit.; T. Wu, *The Curse of Bigness*, cit.; I. Lianos, *Competition Law as a Form of Social Regulation*, in *The Antitrust Bulletin*, 65(1)/2020, p. 1 ss.; M.E. Stucke, *Occupy Wall Street and Antitrust*, University of Tennessee College of Law Research Paper no. 179, 2012 (https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2002234_code258113.pdf?abstractid=2002234&mirid=1); F. Arena e R. Chieppa, *Antitrust and Inequalities*, in *Antitrust & Public Policies*, 3(2)/2016, p. 1 ss.

¹⁰⁴ In tal senso N. Kaldor, *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, in *The Economic Journal*, 1939, 49, 195, p. 551.

¹⁰⁵ I. Lianos, *The Poverty of Competition Law. The Short Story*, in D. Gerard e I. Lianos (eds.), *Reconciling Efficiency and Equity. A Global Challenge for Competition Policy*, cit., p. 79; J.B. Baker e S.C. Salop, *Antitrust, politica della concorrenza e disuguaglianza*, cit., p. 14.

¹⁰⁶ J.E. Stiglitz, *The Price of Inequality*, New York, 2013, p. 106 (ed. it., *Il prezzo della disuguaglianza*, 2013). Sul punto si veda anche K. Binmore, *Natural Justice*, Oxford, 2005, p. 117.

¹⁰⁷ T. Piketty, *Capital in the Twenty-First Century*, New Haven, 2014, pp. 34, 746 (ed. it., *Il capitale nel XXI secolo*, 2018).

¹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 663-699. Una proposta simile, peraltro, è stata rilanciata recentemente dal Presidente Statunitense Biden, il quale ha proposto un'aliquota societaria minima universale, incontrando peraltro il parere (informale) favorevole dei governi di alcuni Paesi europei, tra cui Italia, Francia e Germania. Si veda M. Minenna, *La svolta di Biden per una aliquota minima globale*, in "Il Sole 24 Ore", 10 maggio 2021 (<https://www.ilsole24ore.com/art/la-svolta-biden-una-aliquota-minima-globale-AE7VbDH>); F. Rampini, *G7, la tassa globale nel segno di Biden*, in "La Repubblica", 6 giugno 2021, (https://www.repubblica.it/commenti/2021/06/06/news/global_tax_g7_fisco_multinazionali_big_tech_usa_ue-304403473/).

¹⁰⁹ J.E. Stiglitz, *People, Power and Profits. Progressive Capitalism for an Age of Discontent*, New York, 2019, p. 47 (ed. it., *Popolo, potere e profitti*, 2020).

¹¹⁰ S. Comanor e R.H. Smiley, *Monopoly and the Distribution of Wealth*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 89(2)/1975, p. 177 ss.

all'ultimo decennio, quando la tematica ha invece acquisito un notevole interesse. In particolare, uno studio condotto dall'OCSE, insieme alla Banca Mondiale, ha esplicitamente affermato come un eccessivo potere di mercato abbia il duplice effetto di garantire, da un lato, profitti supracompetitivi alle società detentrici di tale potere, facendo, invece, dall'altra parte, pagare prezzi più alti ai consumatori, con la conseguenza di far gravare questo sistema sulle persone più svantaggiate¹¹¹. Per sintetizzare il tutto con le parole di Joseph Stiglitz "il potere di mercato ha, ovviamente, anche effetti distributivi. I profitti dei monopolisti avvengono a spese dei consumatori: quando i monopoli alzano i loro prezzi, i loro profitti aumentano, mentre il benessere dei consumatori e dei lavoratori diminuisce. Un accrescimento nel potere di mercato è associato con un aumento della disuguaglianza"¹¹². Tuttavia, sebbene a questo punto risulti evidente come sussista un rapporto di proporzionalità diretta tra l'eccessivo potere di mercato e le disuguaglianze¹¹³, non appare ancora chiaro il rapporto che intercorre tra questi ultimi e il diritto della concorrenza. Certamente, come è logico dedurre, essendo il diritto della concorrenza volto all'eliminazione di abusi determinati da un eccessivo potere di pochi attori sul mercato, per proprietà transitiva esso viene chiamato in causa. Ciononostante, pare opportuno conferire un maggiore grado di scientificità al legame appena descritto e in questo senso viene in soccorso un recente ed accurato studio condotto presso l'Università di Oxford¹¹⁴. In particolare, i ricercatori coinvolti hanno messo in correlazione il coefficiente di Gini¹¹⁵ con alcuni indici volti a 'misurare' le norme poste a tutela della concorrenza. Il risultato ha confermato che in presenza di regole antitrust maggiormente organiche ed efficaci sono stati registrati livelli inferiori di disuguaglianza¹¹⁶. In tal modo, è stata confermata empiricamente l'importanza che il diritto della concorrenza può e deve rivestire al fine di ridurre le sempre più crescenti disuguaglianze che caratterizzano le nostre società. In aggiunta, va sottolineato come un recente studio pubblicato dall'OCSE ha evidenziato che la tecnologia risulta essere un fattore capace di contribuire al raggiungimento di maggiori profitti e di accresciute quote di potere di mercato rispetto ai concorrenti più piccoli¹¹⁷. Ciò, come noto, è determinato dagli effetti di rete e dalla necessità di importanti investimenti iniziali che caratterizzano tale settore, erigendo in tal modo barriere all'ingresso – in particolare dovute anche alla mole di *big data* necessari per risultare efficaci – molto difficili da

¹¹¹ S. Ennis e Y. Kim, *Market Power and Wealth Distribution*, in Banca Mondiale e OCSE, *A Step Ahead: Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth*, World Bank, 2017, p. 134.

¹¹² J.E. Stiglitz, *Towards a Broader View of Competition Policy*, in T. Bonakele, E. Fox e L. Mncube (eds.), *Competition Policy for the New Era: Insights from the BRICS Countries*, Oxford, 2017, p. 4.

¹¹³ In tal senso si vedano anche M. Stoller, *Bigger Corporations Are Making You Poorer*, in "Vice", 5 aprile 2017 (<https://www.vice.com/en/article/gve7v4/bigger-corporations-are-making-you-poorer>); J. Stiglitz, *Inequality, Stagnation, and Market Power. The Need for a New Progressive Era*, Roosevelt Institute Working Paper, novembre 2017 (<https://www8.gsb.columbia.edu/faculty/jstiglitz/sites/jstiglitz/files/Roosevelt%20Inequality-Stagnation-and-Market-Power.pdf>); di particolare interesse, con riferimento al rapporto intercorrente tra l'aumento in *markups* e il declino in *labor share*, S. Barkai, *Declining Labor and Capital Shares*, Stigler Center New Working Paper Series No. 2, novembre 2016 (<https://research.chicagobooth.edu/~media/5872FBEB104245909B8F0AE8A84486C9.pdf>).

¹¹⁴ A. Zac, C. Casti, C. Decker, A. Ezrachi, *Competition Law and Income Inequality: A panel data econometric approach*, University of Oxford, Centre for Competition Law and Policy Working paper CCLP(L)52, 22 settembre 2020 (https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/working_paper_-_competition_law_and_income_inequality.pdf).

¹¹⁵ Il Coefficiente di Gini viene utilizzato per rappresentare il livello di disuguaglianza dei vari Paesi ed è stato introdotto dall'economista italiano Corrado Gini all'inizio del XX secolo. Esso è basato su una scala di valori che va da 0 a 1, dove con 0 si intende la situazione (ipotetica) di totale uguaglianza, in cui tutti gli individui posseggono la medesima ricchezza e 1 rappresenta la circostanza (altrettanto ipotetica) in cui un solo individuo possiede tutta la ricchezza. Le varie sfumature ricomprese tra 0 e 1 rappresentano i livelli di disuguaglianza. Sul punto si veda B. Keeley, *Income Inequality: The Gap between Rich and Poor*, OECD Insights, OECD Publishing, 2015, p. 22, nonché la voce "Gini coefficient" sull'*Oxford Dictionary of Economics*, Oxford, 2009 e la voce relativa al coefficiente in oggetto sul glossario dell'Eurostat (https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Glossary:Gini_coefficient).

¹¹⁶ B. Keeley, *Income Inequality: The Gap between Rich and Poor*, cit., pp. 22 e 26.

¹¹⁷ M. McMahon, S. Calligaris, E. Doyle, S. Kinsella, *Scale, market power and competition in a digital world: Is bigger better?*, OECD Science, Technology and Industry Working Papers 2021/01, OECD, 2021, p. 44.

superare da parte di un'impresa appena entrata sul mercato già dominato da un *tech giant*¹¹⁸. In modo evocativo, di conseguenza, il medesimo report suggerisce l'adozione di "risposte appropriate" al fine di prevenire danni ai consumatori e, più in generale, alla concorrenza¹¹⁹.

Quanto appena analizzato fornisce gli strumenti per poter rispondere al quesito che ha caratterizzato il presente paragrafo, ovvero se il diritto della concorrenza debba ricoprire un ruolo nel contrasto alle disuguaglianze. Gli studi appena riportati non possono far altro che deporre in favore di una risposta affermativa¹²⁰. In particolare, si ritiene che il diritto della concorrenza debba tornare a tutelare il processo competitivo in quanto tale – cui si è fatto ampiamente riferimento *supra* – essendo questo l'unico mezzo in grado di rendere 'sociale' l'economia di mercato. In altre parole, il diritto della concorrenza non può focalizzarsi su dettagli econometrici che lo portano a snaturarsi, se non si cura anche di quella che abbiamo definito la *policy* su cui esso stesso si fonda. Certamente, non si sta negando l'importanza dell'analisi economica e delle evidenze econometriche nel diritto della concorrenza. Tuttavia, a parere di chi scrive, anche considerazioni di carattere distributivo devono orientare l'applicazione delle regole antitrust¹²¹. D'altronde, come suggerito da autorevole dottrina, tale normativa fa parte del contratto sociale posto alla base dei nostri Stati¹²². Certamente, tali problematiche non sono *soltanto* a carico dell'antitrust, ma vi si deve porre rimedio *anche* mediante il raggiungimento di un livello competitivo ottimale sui mercati. In tal senso, il diritto della concorrenza può agire in modo complementare ad altre politiche, come la tassazione¹²³. Proprio su questo aspetto lo studio dell'Università di Oxford di cui si è detto illustra come quest'ultima non possa sostituire il diritto della concorrenza. Infatti, se la tassazione, intervenendo *ex post*, rappresenta uno strumento di redistribuzione, il diritto della concorrenza, garantendo l'accessibilità dei mercati e quella che si è definita uguaglianza dei punti di partenza, agisce pertanto come strumento di "pre-distribuzione"¹²⁴.

A questo punto, beninteso, risulta centrale comprendere in quale modo tale obiettivo possa essere raggiunto. In altri termini, ciò che impegna attualmente tanto l'accademia, quanto le istituzioni, è capire come contemperare – in un approccio aggregato – tutti i valori e le esigenze visti

¹¹⁸ Si veda, tra gli altri, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e Garante per la Protezione dei Dati Personali, *Indagine Conoscitiva sui Big Data*, 2020, p. 72 (https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC_Big%20data_imp.pdf).

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 45.

¹²⁰ Tale argomentazione risulta evidente anche dalla trattazione esposta in L. Khan e S. Vaheesan, *Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontent*, cit. In particolare, la Figura 1 riportata a p. 239 dimostra come in un mercato caratterizzato dalla presenza di un forte potere di mercato, rispetto ad un mercato perfettamente concorrenziale, la ricchezza venga trasferita dai consumatori alle imprese e il livello generale di efficienza risulti ridotto. Una dimostrazione empirica degli effetti distributivi del diritto della concorrenza è stata fornita anche da F. Ilzkovitz e A. Dierx, *Competition policy and inclusive growth*, in "VoxEU", 19 giugno 2016 (<https://voxeu.org/article/competition-policy-and-inclusive-growth>). In particolare, ivi viene dimostrato, tra le altre cose, il beneficio portato alle fasce meno abbienti della società dall'applicazione delle regole di concorrenza.

¹²¹ A.B. Atkinson, *Inequality. What Can Be Done?*, New Haven, 2015, pp. 126-127, 237; I. Lianos, *Competition Law as a Form of Social Regulation*, cit., p. 11.

¹²² M.S. Gal, *The Social Contract at the Basis of Competition Law. Should We Recalibrate Competition Law to Limit Inequality?*, in D. Gerard e I. Lianos (eds.), *Reconciling Efficiency and Equity*, cit., p. 88.

¹²³ *Ibid.*, p. 89; J.B. Baker e S.C. Salop, *Antitrust, politica della concorrenza e disuguaglianza*, cit., p. 32.

¹²⁴ A. Zac, C. Casti, C. Decker, A. Ezrachi, *Competition Law and Income Inequality: A panel data econometric approach*, cit., p. 39. Certamente, l'affermazione che le regole di concorrenza – aventi generalmente carattere rimediabile o comunque sanzionatorio – debbano avere effetti "pre-distributivi" può non risultare del tutto in linea con la concezione classica che si ha di esse. Tuttavia, ciò che qui si vuole indicare risulta essere concettualmente a monte rispetto all'applicazione, appunto di carattere sanzionatorio, della normativa antitrust. In particolare, si ritiene che l'intervento antitrust – anche se di carattere *ex post*, e soprattutto grazie al suo effetto deterrente – sia essenziale nell'"aprire" i mercati dal punto di vista strutturale, generando quindi un ciclo virtuoso che porta ad una maggiore concorrenza per i mercati e sui mercati e, di conseguenza, ad effetti redistributivi. Ciò, in linea con il citato studio dell'Università di Oxford, svolge un ruolo differente rispetto alla normativa fiscale, chiamata ad intervenire solamente "a valle" rispetto alle dinamiche del mercato. In sintesi, mentre la tassazione agisce sul prodotto finale dei mercati interessati, la concorrenza, secondo la concezione qui delineata, mira invece a creare i presupposti affinché tali mercati siano contendibili e aperti. In tal senso risulta evocativo il titolo attribuito alla nuova proposta di Regolamento DMA (su cui si tornerà *infra* nel corso della trattazione) avanzata dalla Commissione Europea, relativa, appunto, «a mercati equi e contendibili nel settore digitale».

fin qui, ovvero la tutela della concorrenza, gli obiettivi redistributivi, la ricerca dell'efficienza e della sostenibilità da un punto di vista economico, nonché la previsione di regole dotate di un sufficiente grado di certezza, necessaria tanto per le imprese, quanto per i consumatori operanti sul mercato. In questo senso, come anticipato, il punto di partenza deve essere rappresentato dalla tutela della struttura concorrenziale del mercato, da cui deriveranno a cascata tutti gli altri obiettivi. A tal proposito, un banco di prova – il più importante nello scenario attuale, anche alla luce delle conclusioni raggiunte dal menzionato report dell'OCSE *Scale, market power and competition in a digital world: Is bigger better?* – è quello della digitalizzazione.

4. Le problematiche poste dalla digitalizzazione: interpretazioni evolutive e tentativi di riforma del diritto della concorrenza

L'analisi svolta finora ha messo in luce la problematica relativa all'eccessivo potere di mercato che caratterizza – più o meno diffusamente – le nostre economie. Come si è avuto modo di sottolineare, tale situazione risulta ancora più marcata nel contesto dell'economia digitale, nella quale talune grandi società detengono una posizione di prevalenza pressoché totale¹²⁵. Gli eventi relativi a Facebook, cui si è fatto riferimento nell'introduzione del presente lavoro, forniscono un valido esempio per sottolineare la necessaria riconsiderazione delle fondamenta originarie del diritto della concorrenza al fine di affrontare le sfide poste dai mercati digitali. In particolare, risulta evidente come un'applicazione del diritto della concorrenza guidata dagli assunti della Scuola di Chicago potrebbe portare alla conclusione paradossale che Facebook, Google o Amazon rappresentano dei perfetti esempi di efficienza economica e che l'intervento antitrust non risulta necessario in quanto la mano invisibile del mercato, o un nuovo concorrente, giungeranno al momento più opportuno per ristabilire il corretto equilibrio sul mercato interessato. Tuttavia, una siffatta conclusione risulterebbe miope dinanzi alle problematiche di carattere sociale che l'eccessivo potere di mercato caratterizzante tali imprese pone, come ben esemplificato dal caso dei *Facebook files*. Pertanto deve prediligersi, soprattutto con riferimento ai mercati digitali, una visione olistica, multi-valoriale del diritto della concorrenza. In tal senso però, a fronte delle spinte maggiormente orientate alle teorie efficientistiche, risulta invece necessaria la riscoperta delle origini 'strutturaliste' delle regole di concorrenza riscontrate tanto agli inizi dell'esperienza statunitense, quanto nelle influenze ordoliberali sul diritto della concorrenza unionale, nonché nella maggioranza dei sistemi di normativa antitrust adottati nei Paesi in via di sviluppo¹²⁶. Di conseguenza, valori quali la *fairness* e la tutela del processo competitivo non possono risultare secondari rispetto alla ricerca dell'efficienza e, anzi, sono chiamati a riorientare l'applicazione delle regole di concorrenza. Soltanto in questo modo i mercati possono tornare contendibili, con gli effetti benefici che ne possono conseguire tanto in un'ottica di redistribuzione – come analizzato nel precedente paragrafo 3 – quanto, più in generale, con riferimento al rispetto dei valori fondanti le nostre società. A questo punto, al fine di meglio comprendere quanto appena sostenuto, si rende necessaria un'analisi approfondita circa i caratteri salienti del rapporto tra digitalizzazione e diritto della concorrenza.

In primo luogo, il grado di potere di mercato detenuto dai colossi dell'economia digitale, come anticipato, è la risultante delle peculiarità che caratterizzano tali mercati, dove gli operatori che raggiungono una posizione di dominio difficilmente potranno essere scalzati, generando così una situazione di perdita di equilibrio del mercato, comunemente definita come *tipping*. Senza svolgere un'analisi approfondita delle motivazioni per cui ciò accade, per i fini della presente trattazione è sufficiente focalizzarsi sinteticamente sulla struttura di tali mercati e sul ruolo in essi svolto dai

¹²⁵ In tal senso la Vicepresidente Esecutiva della Commissione Europea Margrethe Vestager ha definito le piattaforme digitali come "il centro di grandi imperi". Si veda M. Vestager, *Competition and the digital economy*, discorso pronunciato alla riunione OCSE/G7 tenutasi a Parigi il 3 giugno 2019 (https://wayback.archive-it.org/12090/20191129200954/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-and-digital-economy_en).

¹²⁶ C. Osti, *Antitrust: a Heimlich manoeuvre*, cit., pp. 251-256.

cosiddetti *big data*. Da un punto di vista concorrenziale, la peculiarità dei mercati in oggetto consiste nelle barriere all'ingresso e all'espansione determinate dai cosiddetti effetti di rete ("network effects", tanto diretti quanto indiretti¹²⁷) e, appunto, dal possesso dell'asset più prezioso in questo contesto, ovvero i dati relativi agli utenti e alle loro attività (tanto online, tramite *cookies* e tracciatori, quanto offline, mediante i dispositivi afferenti al cosiddetto "Internet of Things"). In sintesi, infatti, se lo sviluppo grezzo di un motore di ricerca o di un social network può non presentare costi eccessivi (si pensi alla storia della nascita di Facebook o di Amazon), la difficoltà risiede nell'ingresso in un mercato che è già stato 'conquistato' da altri¹²⁸. Infatti, la struttura delle piattaforme che popolano il web si rifà ai cosiddetti mercati multi-versante, studiati e descritti nel dettaglio da studiosi quali Jean Tirole e Jean-Charles Rochet¹²⁹. In sostanza, la piattaforma agisce da intermediario mettendo in comunicazione utenti attivi tanto sul medesimo versante, quanto su versanti differenti. Per esempio, Facebook attrae utenti in quanto vi sono altri utenti (effetti di rete diretti), così come la presenza dei medesimi utenti attrae i pubblicitari (effetti di rete indiretti). Una volta fornita questa rapida panoramica, risulta di conseguenza agevole comprendere come un social network di recente creazione, sul quale sono attivi soltanto pochi utilizzatori, difficilmente potrà raggiungere il peso specifico di Facebook, attirando quindi altri utenti o società pubblicitarie. Quest'ultimo aspetto risulta peraltro essenziale, in quanto i dati dimostrano che società come Facebook e Google dal punto di vista finanziario dipendano pressoché totalmente dai profitti generati tramite la pubblicità¹³⁰. In tal senso emerge quindi la difficoltà che un nuovo entrato su questi mercati potrà incontrare per finanziare le proprie attività. Inoltre, da una prospettiva strutturale, la grande mole di dati immagazzinata dai *tech giants* fornisce loro ulteriori vantaggi competitivi: in primo luogo, essi hanno a disposizione maggiori elementi utili al fine di individuare le tendenze che potrebbero attrarre gli utenti in futuro e, soprattutto, tali dati conferiscono loro un vantaggio da un punto di vista infrastrutturale. Si prenda ad esempio il caso dei motori di ricerca¹³¹, quali Google: alla base del loro funzionamento vi è un algoritmo, il quale elabora la richiesta dell'utente fornendo i risultati che possono essere il più vicino possibile ai desideri dell'utente medesimo. Questi algoritmi vengono sviluppati e affinati mediante un processo di 'autoapprendimento' nel quale ad un maggior numero di ricerche corrisponde un maggior affinamento dell'algoritmo, il quale, di conseguenza, riuscirà a fornire risultati sempre più 'su misura'. Anche in questo caso risulta evidente come la massa critica di un dato motore di ricerca – nella fattispecie Google – sia essenziale, in quanto i concorrenti avranno sempre possibilità inferiori per il miglioramento del loro algoritmo, cosa che li relegherà in modo pressoché stabile ad una posizione secondaria sul mercato rilevante. Inoltre, sempre dal punto di vista strutturale, il fatto che tali società rivestano la posizione di intermediari tra i vari utenti le pone in una posizione dominante sull'intera struttura del mercato, e proprio per questo vengono definite "gatekeepers", ovvero "guardiani del cancello". Un esempio di queste dinamiche è offerto da una recente decisione dell'AGCM che ha visto coinvolte Google ed Enel X, nella quale Google, agendo da perfetto gatekeeper, non ha consentito l'interoperabilità dell'app

¹²⁷ Per "effetti di rete diretti" si intendono quelli intercorrenti tra utenti posti sul medesimo versante della piattaforma. Al contrario, per "effetti di rete indiretti" si intendono quelli intercorrenti tra utenti posti su versanti differenti della medesima piattaforma. Si veda OCSE, *The Digital Economy 2012*, 2013, p. 8 (<https://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf>).

¹²⁸ Nel contesto di quella che viene comunemente definita come 'concorrenza per il mercato'. In tal senso si veda, tra gli altri, I. Graef, *Rethinking the Essential Facilities Doctrine for the EU Digital Economy*, TILEC Discussion Paper DP 2019-028, aprile 2019, p. 8 (https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3504703_code524065.pdf?abstractid=3371457&mirid=1).

¹²⁹ Si veda, tra gli altri, J. Rochet e J. Tirole, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, in *Journal of the European Economic Association*, 2003, 1, 4, pp. 990 ss.

¹³⁰ Facebook's advertising revenue worldwide from 2009 to 2020 (<https://www.statista.com/statistics/271258/facebook-advertising-revenue-worldwide/>); Advertising revenue of Google from 2001 to 2020 (<https://www.statista.com/statistics/266249/advertising-revenue-of-google/>).

¹³¹ Sul punto si veda M.E. Stucke e A. Ezrachi, *When Competition Fails to Optimize Quality: A Look at Search Engines*, in *The Yale Journal of Law & Technology*, 18, 2016, pp. 70 ss. (https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2598128_code258113.pdf?abstractid=2598128&mirid=1).

Juicepass – elaborata da Enel X per la ricerca di colonnine di ricarica ed altri servizi per i veicoli elettrificati – sulla piattaforma *Android Auto*, causando pertanto un *vulnus* allo sviluppo del servizio di Enel X. Di conseguenza, oltre ad aver comminato una significativa sanzione pecuniaria, l'AGCM ha ingiunto a Google di fornire ad Enel X gli strumenti necessari al fine di rendere l'app *Juicepass* interoperabile con *Android Auto*¹³².

Inoltre, vi è il nodo relativo alla modalità in cui i dati vengono raccolti, il quale pone problematiche di tutela dei dati personali, dovute proprio alla posizione di dominio ricoperta da alcune società del web. Questa problematica è divenuta lampante in seguito alla decisione *Facebook* assunta da parte del Bundeskartellamt tedesco¹³³. Come detto, per le imprese attive nel mercato digitale i dati rappresentano una sorta di materia prima su cui viene basato il proprio modello industriale, in quello che viene definito “mercato dell'attenzione”¹³⁴. Tuttavia, la raccolta di dati personali degli utenti, soprattutto in seguito all'emanazione del Regolamento UE 679/2016 (GDPR)¹³⁵ deve svolgersi secondo precise regole, che spesso vengono invece disattese. In particolare, per quanto riguarda la tematica in esame, rilevano le regole in materia di portabilità dei dati (articolo 20) e consenso espresso dagli utenti al trattamento dei medesimi dati (articolo 7, in combinato disposto con il precedente articolo 6). Tuttavia, come è emerso dalla decisione *Facebook*, la posizione dominante di una piattaforma potrebbe ‘disinnescare’ le tutele poste dal GDPR, causando di conseguenza un danno tanto relativamente alla privacy degli utenti, quanto in relazione alla concorrenza sul mercato rilevante, poiché gli altri *provider* attivi su quel mercato vedono accrescere la quota di mercato dell'*incumbent* anche grazie al ricorso a tali pratiche. In particolare, nel citato caso, Facebook riuniva in un unico ‘profilo utente’ i dati personali raccolti tramite il social network principale con quelli raccolti mediante gli altri servizi offerti dalla medesima società, ovvero WhatsApp, Instagram e i tracciatori inclusi in molti siti web (ad esempio dove un pulsante “like” o “share” è presente). In tal modo Facebook poteva aumentare a dismisura la propria massa critica (in termini di dati) rispetto agli altri concorrenti attivi sul mercato dei social network, dispiegando effetti ovviamente negativi sulla struttura concorrenziale. Inoltre, siffatta pratica veniva attuata – sostanzialmente – costringendo gli utenti a fornire il proprio consenso alla suddetta ‘aggregazione’ dei propri dati personali, in quanto, in mancanza di esso, agli utenti sarebbe risultato precluso l'utilizzo del social network. Essi sarebbero rimasti pertanto esclusi da quello che, nella successiva decisione sullo stesso caso da parte del Bundesgerichtshof¹³⁶, è stato ritenuto un foro essenziale per l'espressione delle proprie opinioni da parte degli utenti¹³⁷. Peraltro, la decisione adottata dal

¹³² AGCM, decisione pubblicata il 13 maggio 2021, caso A529, *Enel X/Google* (https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf). Il relativo comunicato stampa è disponibile all'indirizzo <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2021/5/A529>).

¹³³ Bundeskartellamt, decisione 6 febbraio 2019, pubblicata il 7 febbraio 2019, caso B6-22/16, *Facebook*. Il relativo comunicato stampa (in inglese) è disponibile all'indirizzo https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.pdf?blob=publicationFile&v=2, mentre una sintesi in inglese della decisione è disponibile all'indirizzo <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?blob=publicationFile&v=4>.

¹³⁴ Sul punto si vedano S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, 2019; T. Wu, *The Attention Merchants The Attention Merchants: From the daily newspaper to social media, how our time and attention is harvested and sold*, London, 2017.

¹³⁵ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), pubblicato in GU 4 maggio 2016, L 119/1. Si veda il commento di R. Pardolesi e C. Osti, *L'antitrust ai tempi di Facebook*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2/2019, p. 195 ss.

¹³⁶ Bundesgerichtshof, sentenza 23 giugno 2020, KVR 69/19, *Facebook* (la traduzione in inglese è disponibile all'indirizzo https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2021/06/BGH-Beschluss-v.-23.06.2020_Englisch.pdf). Un interessante commento alla decisione è rinvenibile in K. Wiedemann, *A Matter of Choice: The German Federal Supreme Court's Interim Decision in the Abuse-of-Dominance Proceedings Bundeskartellamt v. Facebook (Case KVR 69/19)*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 51/2020, p. 1168 ss.

¹³⁷ Portando in questo modo all'applicazione, da parte della corte tedesca, della dottrina della “mittelbare drittwirkung”, riguardante gli effetti “indiretti” dei diritti fondamentali garantiti dal *Grundgesetz*. Si veda K. Wiedemann, *A Matter of Choice*, cit., p. 1173.

Bundeskartellamt e confermata dalla citata sentenza del Bundesgerichtshof non ha previsto il pagamento di una somma di denaro – cosa che potrebbe risultare inefficace di fronte a società dotate di un siffatto potere – bensì l'applicazione di una sanzione comportamentale, volta a permettere agli utenti l'utilizzo del social network anche nel caso in cui essi neghino il proprio consenso alla raccolta di dati da fonti estranee al solo social network principale.

Un ulteriore fattore essenziale al fine di comprendere le dinamiche dei mercati digitali è quello relativo all'offerta di prodotti apparentemente gratuiti o comunque ad un prezzo nominale. Si pensi infatti a WhatsApp, Instagram, Facebook, Gmail: tutti questi servizi vengono offerti ad un costo monetario pari a zero. Lo stesso vale per servizi come Netflix o Spotify, dove si possono rispettivamente visionare numerosi film o ascoltare innumerevoli brani musicali ad un costo mensile pari al prezzo applicato, fino ad alcuni anni fa, per l'acquisto di un solo DVD o CD. Come è ormai noto, l'assenza di una controprestazione monetaria (o comunque di un pagamento rilevante) rientra nelle dinamiche del mercato dell'attenzione cui si è fatto cenno in precedenza. La vera controprestazione per i servizi offerti deve infatti ravvisarsi nella raccolta dei dati personali degli utenti, come recentemente confermato anche dal TAR Lazio e dal Consiglio di Stato, in due decisioni – relative allo stesso caso – riguardanti Facebook¹³⁸. Peraltro, nel caso citato¹³⁹, l'AGCM ha dimostrato, diversamente da quanto svolto (anche per motivi di competenza su cui non ci si sofferma in questa sede) dal Bundeskartellamt tedesco, come anche il diritto del consumo possa giocare un ruolo attivo nella partita contro queste nuove forme di sfruttamento del potere di mercato¹⁴⁰. Tuttavia, le sanzioni irrogabili per la violazione del diritto antitrust, potendo assurgere a rimedi di tipo strutturale, nello scenario in esame – come si è visto nel caso *Facebook* tedesco – appaiono molto più efficaci rispetto a quelle previste dalla normativa a tutela del consumatore. Pertanto, è proprio lungo le direttrici di un intervento di carattere strutturale che si è mosso il legislatore tedesco con la riforma della legge sulla concorrenza (“Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen”, GWB) apportata nel gennaio 2021¹⁴¹, così come in modo analogo si sta muovendo la Commissione Europea con la propria proposta di Regolamento per un *Digital Markets Act* (DMA)¹⁴². Giova peraltro sottolineare come tanto l'AGCM¹⁴³, quanto l'Autorité de la Concurrence francese¹⁴⁴ abbiano suggerito l'introduzione nei rispettivi Paesi di competenza di regole analoghe a quelle contenute nella recente riforma tedesca.

Come si è avuto modo di anticipare, la legislazione introdotta in Germania rappresenta al momento il modello di riferimento per quanto riguarda il ‘rinnovamento’ delle regole di concorrenza di fronte alle sfide poste dalla digitalizzazione. Il legislatore tedesco è giunto a tale risultato tramite due passaggi, avvenuti rispettivamente nel 2017 e nel 2021. Il primo intervento, forse il meno significativo, ma di certo non meno importante, ha introdotto alcune precisazioni necessarie al fine di aggiornare la sezione 18 del GWB – relativa all'abuso di posizione dominante – alla sempre più significativa presenza degli intermediari digitali. Infatti, al fine di dare risposta a molte delle preoccupazioni

¹³⁸ TAR Lazio, sentenza 10 gennaio 2020, n. 261, *Facebook*, punto 6; Consiglio di Stato, sentenza 29 marzo 2021, n. 2630, *Facebook*, punto 7.

¹³⁹ AGCM, decisione pubblicata il 7 dicembre 2018, PS11112, *Facebook* (https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS11112_scorr_sanz.pdf). Il relativo comunicato stampa è disponibile all'indirizzo <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2018/12/Usò-dei-dati-degli-utenti-a-fini-commerciali-sanzioni-per-10-milioni-di-euro-a-Facebook>).

¹⁴⁰ Si veda M. Botta e K. Wiedemann, *The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey*, in *The Antitrust Bulletin*, 64(3)/2019, pp. 442-444.

¹⁴¹ Il testo aggiornato del GWB è disponibile in lingua inglese all'indirizzo http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/). Sul punto si veda, *inter alia*, J.-U. Franck e M. Peitz, *Digital Platforms and the New 19a Tool in the German Competition Act*, in *Journal of Competition Law & Practice*, 12(7)/2021, p. 513 ss.

¹⁴² Commissione Europea, Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), 2020/0374, 15 dicembre 2020, COM(2020) 842 final, 2020/0374 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=en>).

¹⁴³ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, AS1730 – *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*, 22 marzo 2021, p. 56 ([https://www.agcm.it/dotcmsCustom/get_DominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12563290035806C/0/914911A1FF8A4336C12586A1004C2060/\\$File/AS1730.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/get_DominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12563290035806C/0/914911A1FF8A4336C12586A1004C2060/$File/AS1730.pdf)).

¹⁴⁴ Autorité de la Concurrence, *L'Autorité publie sa contribution au débat sur la politique de concurrence face aux enjeux posés par l'économie numérique*, 21 febbraio 2020 (<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-publie-sa-contribution-au-debat-sur-la-politique-de-concurrence>).

delineate anche nell'analisi svolta *supra*, è stato aggiunto il paragrafo 2a, il quale prevede espressamente che l'esistenza di un mercato non può essere esclusa per il semplice fatto che i relativi prodotti siano offerti gratuitamente. In aggiunta, il paragrafo 3a ha previsto che, nel caso in cui sia coinvolto un mercato multi-versante, al fine di stabilire la posizione di mercato di un'impresa occorre prendere in considerazione: 1. gli effetti di rete, tanto diretti, quanto indiretti; 2. l'uso parallelo di più servizi e i costi di migrazione che dovrebbero affrontare gli utenti; 3. le economie di scala dell'impresa oggetto di scrutinio derivanti dagli effetti di rete; 4. la possibilità, per l'impresa, di accedere a dati significativi da un punto di vista competitivo; e 5. la pressione competitiva esercitata dall'innovazione. Infine, il seguente paragrafo 3b ha stabilito che nel caso in cui si tratti di un intermediario attivo su un mercato multi-versante bisognerà prendere in seria considerazione l'importanza dei servizi di intermediazione offerti da tale impresa per l'accesso ai mercati riguardanti l'approvvigionamento e la vendita. Tuttavia, tali disposizioni, sebbene innovative e necessarie, non risultavano del tutto sufficienti al fine di contrastare le posizioni di potere detenute dalle società attive nei mercati digitali. A tale scopo il legislatore tedesco è intervenuto nuovamente nel gennaio 2021, introducendo *ex novo* una sezione aggiuntiva al GWB, la 19a, relativa alle condotte abusive esercitate da imprese di grande importanza per la concorrenza tra mercati. Il nuovo sistema adottato in Germania mira proprio a cogliere l'essenza strutturale della posizione di tali imprese sui mercati in cui operano, giungendo ad una sorta di regolamentazione di carattere *ex ante*. Dal punto di vista concreto, in primo luogo, il Bundeskartellamt può adottare una decisione diretta a dichiarare un'impresa attiva su un mercato multi-versante (qui viene richiamata la già menzionata sezione 18(3a)) come di importanza significativa per la concorrenza tra mercati. Al fine di giungere a tale determinazione, l'Autorità dovrà considerare: 1. la posizione dominante di detta impresa su uno o più mercati; 2. il suo potere economico; 3. la sua integrazione verticale e le attività svolte in mercati collegati; 4. l'accesso a dati competitivamente rilevanti; e 5. l'influenza delle sue attività per l'accesso di imprese terze ai mercati dell'approvvigionamento e delle vendite, nonché la sua influenza sull'attività di imprese terze. Tale decisione sarà valida per cinque anni, decorrenti dal momento in cui essa diviene definitiva. Le imprese così catalogate dovranno poi attenersi a specifici obblighi di tipo comportamentale, elencati alla medesima sezione 19a del GWB. In particolare, esse non potranno: 1. favorire i propri prodotti o servizi rispetto a quelli dei concorrenti nel caso in cui esse svolgano la funzione di gatekeepers (il cosiddetto "self-preferencing"); 2. adottare comportamenti che possano precludere ad altre imprese lo svolgimento della propria attività, sempre nel caso in cui il gatekeeper si trovi nella posizione di poterne mediare l'accesso al mercato; 3. adottare comportamenti, diretti o indiretti, che ostacolino l'attività di imprese concorrenti attive su mercati in cui le imprese di importanza significativa per la concorrenza, pur senza essere dominanti, possono espandersi rapidamente; 4. creare barriere all'ingresso o impedire ad altre imprese il trattamento di dati rilevanti ai fini competitivi raccolti dalle imprese soggette alla decisione del Bundeskartellamt (in particolare, con un rimando al caso *Facebook*, condizionando la fruizione di un servizio al consenso degli utenti al trattamento di dati raccolti tramite altri servizi di tali imprese); 5. rifiutare o rendere difficoltosa l'interoperabilità e la portabilità dei dati; 6. fornire informazioni insufficienti alle altre imprese circa le finalità o lo scopo del servizio reso o commissionato o comunque rendere più difficile la valutazione del valore di tale servizio; e 7. richiedere prestazioni ulteriori al fine di gestire le offerte di un'altra impresa, come richiedere il trasferimento di dati non necessari allo scopo del servizio reso. Ovviamente, in applicazione di una sorta di *rule of reason*, tali obblighi non potranno trovare applicazione nel caso in cui la condotta contestata sia oggettivamente giustificabile. L'onere di provare tale ragionevolezza grava tuttavia sull'impresa oggetto della decisione del Bundeskartellamt. Infine, da un punto di vista procedurale, giova sottolineare che l'articolo 73 del GWB attribuisce la competenza per l'impugnazione delle decisioni assunte dal Bundeskartellamt ai sensi della sezione 19a in capo al solo Bundesgerichtshof, quale giudice di prima e unica istanza. Tale previsione, che potrebbe suscitare alcune perplessità, stante l'assenza di un doppio grado di giudizio¹⁴⁵, sottolinea tuttavia la natura

¹⁴⁵ Perplessità che tuttavia non colgono totalmente nel segno, in quanto la guida all'articolo 6 della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali prevede, in ambito penale (applicabile, per quanto

strutturale dell'intervento apportato dal legislatore tedesco, in quanto la speditezza è necessaria al fine di 'giocare d'anticipo' ed eliminare prontamente le problematiche strutturali presenti sul mercato, senza intervenire con ammende *ex post*, quando molti effetti dannosi (come, per esempio, l'uscita di altre imprese dal mercato) si sono già irrimediabilmente prodotti. Infine, giova menzionare che in seguito all'aggiunta della sezione 19a al GWB, il Bundeskartellamt ha già avviato procedimenti nei confronti di Facebook, Amazon, Google ed Apple¹⁴⁶, al fine di dichiararne lo status di imprese aventi un'importanza significativa per la concorrenza tra i mercati, con la conseguente applicazione degli obblighi comportamentali appena esaminati.

Sul piano del diritto unionale rileva invece la già richiamata proposta di Regolamento per un *Digital Markets Act*. L'approccio adottato dal legislatore europeo ricalca in parte l'impostazione vista nella recente riforma tedesca, in quanto alla definizione di gatekeeper, determinata da alcuni criteri stabiliti nella proposta di Regolamento, segue l'osservanza di precisi obblighi comportamentali. L'articolo 1 della proposta di Regolamento stabilisce innanzitutto come essa sia diretta a mantenere «equi e contendibili» i mercati in cui operano i gatekeepers. L'ambito di applicazione coincide con i servizi di piattaforma offerti da questi ultimi, a prescindere – ed è una precisazione di non poco conto – dal loro luogo di stabilimento¹⁴⁷. L'articolo 3, paragrafo 1, provvede a definire il concetto di gatekeeper. Un'impresa viene designata come tale al ricorrere dei seguenti criteri: 1. “ha un impatto significativo sul mercato interno”; 2. “gestisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso [...] importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali”; e 3. “detiene una posizione consolidata e duratura nell'ambito delle proprie attività o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro”. Il successivo paragrafo 2 prevede che il primo requisito risulti soddisfatto nel caso in cui l'impresa in questione abbia registrato un fatturato annuo nel SEE di ammontare pari o superiore a 6,5 miliardi di euro negli ultimi tre esercizi, nonché se la capitalizzazione di mercato media dell'impresa o il suo valore equo è pari o supera i 65 miliardi di euro nell'ultimo esercizio, o se tale impresa fornisce un servizio di piattaforma in almeno tre Stati membri. Il secondo requisito viene soddisfatto nel caso in cui la piattaforma in oggetto faccia registrare almeno 45 milioni di utenti finali stabiliti o situati nell'UE attivi mensilmente, unitamente ad almeno 10.000 utenti commerciali stabiliti nell'UE attivi annualmente. Il terzo requisito, invece, si ritiene soddisfatto nel caso in cui le soglie di utenti attivi appena esaminate siano state raggiunte in ciascuno degli ultimi tre esercizi. Nel caso in cui tutti i precedenti indicatori siano stati raggiunti, il gatekeeper deve notificare tale avvenimento alla Commissione (paragrafo. 3). A questo punto quest'ultima, ai sensi del successivo paragrafo 4, designa tale fornitore di servizi come gatekeeper. In ogni caso, residua il potere della Commissione di qualificare come gatekeeper un'impresa che soddisfa tutti i requisiti visti al paragrafo 1, pur senza raggiungere le soglie stabilite al paragrafo 2. Al

riguarda le tutele necessarie, alle sanzioni derivanti da violazioni del diritto della concorrenza, come stabilito dalla stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con sentenza 27 settembre 2011, causa n. 43509/08, *A. Menarini Diagnostics S.r.l. v. Italy*, para. 42-44), che detto articolo non obbliga gli Stati contraenti a prevedere corti di appello o di cassazione. Si veda Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*, aggiornamento del 30 aprile 2021, p. 18 (https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_eng.pdf).

¹⁴⁶ Bundeskartellamt, *First proceeding based on new rules for digital companies – Bundeskartellamt also assesses new Section 19a GWB in its Facebook/Oculus case*, 28 gennaio 2021 (https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/28_01_2021_Facebook_Oculus.html?nn=3591568); Bundeskartellamt, *Proceedings against Amazon based on new rules for large digital companies (Section 19a GWB)*, 18 maggio 2021 (https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/18_05_2021_Amazon_19a.html); Bundeskartellamt, *Proceeding against Google based on new rules for large digital players (Section 19a GWB) – Bundeskartellamt examines Google's significance for competition across markets and its data processing terms*, 25 maggio 2021 (https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/25_05_2021_Google_19a.html); Bundeskartellamt, *Proceeding against Apple based on new rules for large digital companies (Section 19a(1) GWB) – Bundeskartellamt examines Apple's significance for competition across markets*, 21 giugno 2021 (https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/21_06_2021_Apple.html).

¹⁴⁷ Tale previsione fa eco a quanto stabilito dall'articolo 3, para. 2, del GDPR, secondo cui rientra nell'ambito di applicazione del medesimo Regolamento anche il trattamento di dati personali appartenenti a soggetti che si trovano nell'Unione, anche se effettuato da soggetti non stabiliti nell'Unione.

tal fine, la Commissione sarà chiamata a svolgere un'indagine di mercato ai sensi dell'articolo 15¹⁴⁸. L'articolo 4 stabilisce, infine, la possibilità per la Commissione di poter riesaminare la propria decisione di designazione di un'impresa quale gatekeeper. Inoltre, tale decisione dovrà essere verificata periodicamente almeno ogni due anni.

I successivi articoli 5 e 6 delineano, invece, la fase successiva del procedimento oggetto della proposta di Regolamento. Essi, infatti, prevedono gli obblighi comportamentali che i gatekeepers sono tenuti a rispettare. In sostanza, questi ricalcano notevolmente quelli analizzati con riferimento alla sezione 19a del GWB e comprendono, tra gli altri (articolo 5), l'obbligo: di non combinare dati personali ricavati dalla piattaforma del gatekeeper con dati personali provenienti da altri servizi offerti dal medesimo; di consentire agli utenti commerciali di fornire gli stessi prodotti agli stessi utenti finali a condizioni diverse da quelle offerte dal gatekeeper; di consentire agli utenti commerciali la possibilità di indirizzare offerte e stipulare contratti con gli utenti finali acquisiti attraverso la piattaforma del gatekeeper; di astenersi dall'imporre agli utenti l'interoperabilità con il gatekeeper nel contesto di servizi offerti tramite la piattaforma da utenti commerciali; di non imporre l'abbonamento ad altri servizi del gatekeeper al fine di poter usufruire della piattaforma di base. Inoltre (articolo 6), ai gatekeeper viene richiesto, *inter alia*, di: non utilizzare, in concorrenza con gli altri utenti commerciali, dati non accessibili al pubblico generati attraverso le attività di questi ultimi; non praticare il *self-preferencing*; garantire la portabilità dei dati; fornire agli utenti commerciali l'accesso ai dati generati nel contesto della piattaforma dai medesimi o dagli utenti finali che si avvalgono dei prodotti di tali utenti commerciali.

Inoltre, l'articolo 25 attribuisce in capo alla Commissione la competenza ad adottare provvedimenti volti a sanzionare l'inosservanza dei precedenti obblighi o degli eventuali impegni assunti a norma dell'articolo 23 (nel contesto di un procedimento *ex* articoli 25 o 16, analizzato *infra*). L'ammenda conseguente ad una decisione di inosservanza di cui all'articolo 25 o 16 può raggiungere l'importo del 10% del fatturato totale del gatekeeper nel corso dell'ultimo esercizio. L'articolo 16 prevede, infine, la possibilità di condurre un'indagine di mercato diretta a verificare la presenza di violazioni sistematiche degli obblighi di cui agli articoli 5 e 6 da parte del gatekeeper (ciò avviene in seguito all'emissione, da parte della Commissione, di almeno tre decisioni ai sensi degli articoli 25 e 26 in relazione a uno dei servizi di piattaforma entro un periodo di 5 anni precedente all'inizio dell'indagine di mercato). In seguito alla dimostrazione di siffatte violazioni, la Commissione può adottare tutti i rimedi, comportamentali o strutturali (ergo, anche il *breakup*) che ritiene necessari, con la sola limitazione riguardante la possibilità di utilizzare rimedi strutturali soltanto ove non sussista un rimedio comportamentale parimenti efficace o nel caso in cui quest'ultimo risulterebbe più oneroso per il gatekeeper rispetto al rimedio strutturale.

In aggiunta e in conclusione del presente paragrafo, anche in assenza, o comunque in attesa, dell'emanazione di riforme maggiormente incisive, quali il DMA, i regolatori e i legislatori nazionali hanno a disposizione anche un ulteriore strumento utile a contrastare il potere di mercato detenuto dai gatekeepers. Questo deve individuarsi nel ricorso ad una disciplina meno intensa rispetto alle più rigide regole in materia di abuso di posizione dominante, ovvero nella normativa volta ad impedire gli abusi di dipendenza economica. La regolamentazione in oggetto è espressamente prevista nel sistema francese, all'*alinéa* 2 dell'articolo L420-2 del *Code de Commerce*, così come in Germania essa è contenuta alla sezione 20 del GWB, relativa alle condotte delle imprese aventi un potere di mercato superiore o relativo nel mercato rilevante. In Italia essa si trova all'articolo 9 della legge 192/1998 in materia di subfornitura nelle attività produttive¹⁴⁹. Tuttavia, l'AGCM, nel proprio parere sulla legge in materia di concorrenza per l'anno 2021, ne ha suggerito un'integrazione mirata a rendere tale previsione più efficace nel caso in cui sia coinvolto un gatekeeper. In particolare, l'AGCM auspica l'introduzione di una presunzione relativa di dipendenza economica nelle relazioni commerciali con un'impresa che offre i servizi di intermediazione di una piattaforma, nel caso in cui quest'ultima

¹⁴⁸ Procedura che rimanda – seppur limitatamente a certi aspetti – alla “market investigation reference” prevista dalla “Part 4” dell'*Enterprise Act 2002* inglese. Sul punto si veda R. Whish e D. Bailey, *Competition Law*, cit., pp. 469-481.

¹⁴⁹ Legge 18 giugno 1998, n. 192, pubblicata in GU 22 giugno 1998, n. 143.

risultati determinante per raggiungere gli utenti finali o i fornitori, tenendo in considerazione anche gli effetti di rete e la disponibilità dei dati¹⁵⁰.

5. Conclusione

L'analisi svolta nel presente contributo si è snodata attraverso una ricostruzione – mediante un approccio comparatistico – dei valori che hanno fondato tanto il diritto antitrust statunitense, quanto il diritto della concorrenza unionale. Essa ha portato a determinare che, sebbene le motivazioni prettamente economiche debbano giocare un ruolo fondamentale, queste non possono prescindere da e prendere il sopravvento sulle scelte di *policy* sottese al diritto della concorrenza. In tal senso, un ruolo fondamentale – oltretutto comune tanto all'esperienza americana, quanto a quella europea – è ricoperto dall'obiettivo di tutelare il processo competitivo in quanto tale. Come evidenziato anche da recenti studi in campo economico, infatti, l'eccessivo potere di mercato detenuto da poche imprese può generare effetti collaterali quali disuguaglianze e mancanza di eque opportunità, i quali possono risultare dannosi anche per il tessuto democratico delle nostre società. Il tutto senza contare i pericoli che possono derivare dalla traslazione di un eccessivo potere economico nel campo del potere politico.

In tale contesto, le iniziative intraprese soprattutto dal legislatore tedesco e, anche se ancora in fase potenziale, da quello europeo, appaiono del tutto condivisibili al fine di limitare l'eccessivo potere di mercato delle imprese che al momento destano maggiore preoccupazione, ovvero quelle che svolgono il ruolo di gatekeepers sui mercati digitali (nonché su quelli ad essi collegati o da essi influenzati). Le proposte analizzate nel presente articolo paiono cogliere nel segno, in quanto, rispondendo pressoché alla totalità delle problematiche emerse in seguito ad un'attenta analisi dei mercati digitali, adottano un approccio strutturale, che, come detto, appare l'unico efficace e in linea con le finalità profonde del diritto della concorrenza. Inoltre, tali proposte risultano particolarmente ponderate con riferimento ad una delle criticità che, in astratto, potevano emergere in relazione alla regolazione dei *tech giants*, ovvero la certezza del diritto. Il modo in cui le disposizioni analizzate sono state vergate risulta, infatti, totalmente rispettoso di tale principio, in quanto le risultanze dell'analisi economica sono state prese in considerazione al fine di indicare un catalogo di situazioni ben delineate che meritano l'intervento delle Autorità della concorrenza, così come di obblighi che le imprese oggetto di tale regolamentazione devono rispettare. Si sono in tal modo conciliate le esigenze di un'azione antitrust efficace (comprendendo anche la necessità di andare oltre alle sole ammende), capace di intervenire anche *ex ante* e nel rispetto dei principi di prevedibilità e certezza del diritto, essenziali non solo per il rispetto dei valori fondanti i nostri sistemi giuridici, ma anche per il corretto funzionamento di un'economia di mercato.

In conclusione, le riflessioni svolte finora possono dare la stura ad un'ulteriore evoluzione della concezione del diritto della concorrenza, soprattutto in ambito unionale. Infatti, come si è avuto modo di anticipare, il diritto della concorrenza non può considerarsi sciolto dal perseguimento degli obiettivi generali di *policy* dell'Unione¹⁵¹. Ciò è confermato anche dalla previsione di cui all'articolo 7 TFUE, che richiede la coerenza tra le varie politiche dell'Unione, tenendo altresì conto degli obiettivi della medesima. Di conseguenza, si è sviluppato un dibattito molto interessante, tanto a livello istituzionale, quanto dottrinale, sul ruolo che il diritto della concorrenza dovrebbe svolgere in materia di sostenibilità, soprattutto ambientale¹⁵². Apparentemente, e secondo una prospettiva efficientistica,

¹⁵⁰ AGCM, AS1730 – *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*, cit., p. 56.

¹⁵¹ In tal senso, si veda anche I. Lianos, V. Korah, P. Siciliani, *Competition Law*, cit., p. 120.

¹⁵² Sul punto si vedano, tra gli altri, Vicepresidente Esecutiva della Commissione Europea Margrethe Vestager, *Competition policy in support of the Green Deal*, discorso pronunciato (da I. Bernaerts, Director del DG Comp) alla 25th IBA Competition Conference, 10 settembre 2021 (https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/competition-policy-support-green-deal_en); OCSE, *Sustainability & Competition Law and Policy*, 7 gennaio 2021 ([https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2020\)3&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2020)3&docLanguage=En)); S. Holmes, D. Middel-schulte, M. Snoep (eds.), *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability*, New York, 2021; S. Holmes,

dovrebbero valere le medesime considerazioni svolte con riguardo alle disuguaglianze e all'eccessivo potere di alcune imprese, ovvero porvi rimedio non dovrebbe essere compito del diritto antitrust. Tuttavia, come si è dimostrato, le cose non stanno così, poiché ogni politica dell'Unione deve contribuire al raggiungimento degli obiettivi generali perseguiti dalla stessa. Invero, come stabilito dallo stesso articolo 3, paragrafo 3, TUE – cui si è previamente fatto riferimento – oltre che sulla citata “economia sociale di mercato [...] che mira alla piena occupazione e al progresso sociale”, l'Unione si basa anche “su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente”, così come ribadito dagli articoli 11 TFUE e 37 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea¹⁵³. Pertanto, appare giunto, o forse ritornato, il momento per un approccio di tipo *multi-valoriale* al diritto della concorrenza.

Abstract

Il diritto della concorrenza rappresenta uno strumento essenziale per il corretto funzionamento delle economie di mercato. Tuttavia, il recente incedere dei colossi dell'economia digitale ha messo in discussione l'efficacia del diritto antitrust, sottolineando la necessità di interventi di riforma. Al fine di operare tali innovazioni si rende però necessaria un'analisi delle fondamenta della disciplina. Data tale premessa, lo scopo del presente contributo è quello di approfondire, lungo le varie fasi storiche che la hanno contraddistinta, l'evoluzione del diritto della concorrenza, per poi efficacemente analizzare le recenti proposte di riforma e concludere in favore di un – rinnovato – approccio multi-valoriale alla materia oggetto di analisi.

Parole chiave: diritto della concorrenza, diritto antitrust, mercati digitali, politica della concorrenza, diritto dell'Unione europea

*

Competition law represents a fundamental tool for market economy systems' correct functioning. However, recently, the advent of big corporations active in digital markets casted doubts on competition law's effectiveness, thus underlining the need for a reform. Anyhow, for the purpose of introducing such innovations, it is deemed necessary to carry out an analysis on the subject's very foundations. Given this premise, the aim of the present article is that of scrutinising the various historical phases that have characterised competition law evolution, for the purpose of then analysing the recent reform proposals and, finally, concluding in favour of a – renewed – holistic approach to competition law.

Key words: competition law, antitrust law, digital markets, competition policy, European Union law

Climate change, sustainability and competition law, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 8(2)/2020, p. 354 ss.; J. Nowag, *Competition law's sustainability gap? Tools for an examination and a brief overview*, Lund University Legal Research Paper Series, 2019 (https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3497173_code1690494.pdf?abstra_ctid=3484964&mirid=1); Dutch Autoriteit Consument & Markt (ACM), *Draft Guidelines, Sustainability agreements*, 2020 (<https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/sustainability-agreements%5B1%5D.pdf>); *Sustainability and Competition*, nota tedesca al 134th OECD Competition Committee meeting tenutosi in data 1-3 dicembre 2020 (https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapiere/2020/OECD_2020_Sustainability_and_Competition.pdf?blob=publicationFile&v=2); Hellenic Competition Commission, *Staff Discussion Paper on Sustainability Issues and Competition Law*, 2021 (https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability/item/download/1896_9b05dc293adbae88a7bb6cce37d1ea60.html).

¹⁵³ Così come, in ambito nazionale, la tutela ambientale è prevista, a livello costituzionale, dalla “Charte de l'environnement de 2004”, aggiunta nel 2005 alla Costituzione francese, e dall'articolo 20a, aggiunto nel 1994 al “Grundgesetz” tedesco. Giova peraltro sottolineare come una proposta di riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione italiana, volta ad esplicitare il diritto alla tutela ambientale (ora ricavato in via estensiva, ma indiretta, dagli articoli 9 e 32) è in discussione al Senato. Si veda Servizio Studi del Senato, *Tutela dell'ambiente in Costituzione, Note sull'A.S. n. 83 e abbinati-A*, dossier n. 396, giugno 2021 (<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01299303.pdf>).