

«Adelante con juicio»

La precipitosa ascesa dell'antitrust 2.0

Di Massimiliano Trovato

I. Introduzione

Nello spazio di pochi mesi, durante il 2019, hanno visto la luce in diverse regioni del mondo almeno quattro ambiziosi rapporti, accomunati dalla consegna non banale di ridefinire gli obiettivi e i metodi delle politiche della concorrenza in relazione allo sviluppo dei mercati digitali.

Il primo a comparire è stato lo studio indipendente curato da Jason Furman – con la collaborazione di Diane Coyle, Amelia Fletcher, Derek McAuley e Philip Mardsen – per conto del governo britannico, pubblicato nel mese di marzo.¹ Nel mese di aprile, è seguito un secondo studio indipendente, affidato dalla Commissione europea per la concorrenza Margrethe Vestager a Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye e Heike Schweitzer.² In giugno, è stata la volta del ponderoso documento – oltre seicento pagine – con cui il garante per la concorrenza australiano ha concluso la propria indagine in materia.³ Infine, sebbene sprovvista di un mandato pubblico esplicito, a questi contributi può essere accostata – per la risonanza nel dibattito e per l'autorevolezza dei partecipanti – la ricerca licenziata a luglio da un gruppo di lavoro incardinato presso lo Stigler Center dell'università di Chicago e composto, tra gli altri, da Fiona Scott Morton, Ariel Ezrachi e Douglas Melamed.⁴

Massimiliano Trovato è Fellow dell'Istituto Bruno Leoni.

- 1 “Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel”, marzo 2019, <https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel> (in seguito “rapporto Furman”).
- 2 Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye e Heike Schweitzer, “Competition policy for the digital era”, aprile 2019, https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/report_en.html (in seguito “Rapporto Crémer”).
- 3 ACCC, “Digital Platforms Inquiry: Final Report”, luglio 2019, <https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report> (in seguito “rapporto ACCC”).
- 4 Stigler Committee on Digital Platforms, “Market Structure and Antitrust Subcommittee Report”, luglio 2019, disponibile all'indirizzo <https://bit.ly/30f6z5P> (in seguito “Rapporto Stigler”). Il rapporto è parte di un più ampio progetto volto a valutare l'impatto delle piattaforme digitali anche rispetto alla protezione della riservatezza e dei dati personali, all'evoluzione dell'industria del giornalismo e alla tenuta delle istituzioni democratiche (Stigler Committee on Digital Platforms, “Final Report”, settembre 2019, disponibile all'indirizzo <https://bit.ly/2kYWytV>).

Pur nelle rispettive divergenze d'opinione, tutti e quattro i documenti condividono il presupposto che l'attrezzatura di cui le autorità antitrust attualmente dispongono sia in certa misura inadeguata a fronteggiare le sfide poste dall'ascesa dell'economia digitale e, in particolare, dall'affermazione di un numero limitato di soggetti che, operando come piattaforme e, in alcuni casi, come ecosistemi onnicomprensivi, hanno acquisito una posizione d'innegabile centralità nei mercati tecnologici. Ne discenderebbe l'esigenza di aggiornare gli strumenti analitici e la cassetta degli attrezzi utilizzabili dai regolatori, se non addirittura d'introdurre dei nuovi.

In sede di prima valutazione, si deve riconoscere che gli estensori dei rapporti hanno resistito alla tentazione di cavalcare acriticamente alcune delle conclusioni più radicali e più pericolosamente popolari prodotte dal dibattito politico degli ultimi mesi: si pensi alle proposte formulate da Elizabeth Warren – uno dei candidati alle primarie democratiche per la presidenza degli Stati Uniti – con l'obiettivo di spezzettare le maggiori imprese tecnologiche del paese.⁵ Tuttavia, l'impressione che emerge sin da una lettura superficiale dei quattro documenti è che il loro già citato presupposto comune – l'irriducibilità della competizione nel digitale alle classiche categorie del diritto della concorrenza – venga presentato come una verità auto-evidente, anziché come una conclusione da dimostrare empiricamente.

2. Il rapporto Crémer e la concorrenza nell'economia digitale

Dei diversi documenti citati, quello che ci interessa più da vicino è quello redatto – su incarico della Commissione Europea – da Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye e Heike Schweitzer. Sin dalle prime pagine, forse deludendo le aspettative di parte dei commentatori, i tre autori anticipano che sarebbe inappropriato imporre «in questo mercato altamente dinamico e diversificato» forme di regolamentazione tanto incisive da indirizzare l'intero settore, alla stregua della «regolamentazione applicata ai tradizionali servizi pubblici»; né occorre «ripensare gli obiettivi fondamentali del diritto della concorrenza alla luce della rivoluzione "digitale"», trattandosi piuttosto di «adattare i metodi e gli strumenti analitici, le teorie economiche del danno e le dottrine giuridiche al nuovo contesto».⁶

Sarebbe, tuttavia, prematuro dedurre da queste avvertenze – che pure circoscrivono il campo degli auspicati interventi – una sorta di velata acquiescenza al modello attualmente in vigore: al contrario, gli autori caldeggiano proposte di riforma ben più che cosmetiche, muovendo dalla considerazione che «la concorrenza tradizionale – in cui si rinviene un grande numero di imprese in competizione tra loro – spesso appare impraticabile nell'economia digitale».⁷

Quest'ultima si differenzerebbe, da un lato, per il ricorso di forti economie di scala – i costi di produzione aumentano meno che proporzionalmente all'aumentare dei consumatori serviti – che possono scoraggiare l'ingresso sul mercato di nuovi operatori, sia pure forniti di tecnologie più economiche ed efficienti;⁸ dall'altro, per la presenza di esternalità di rete – l'utilità di un servizio aumenta all'aumentare dei consumatori serviti – che possono

5 V. Herbert Hovenkamp, "The Warren Campaign's Antitrust Proposals", in *The Regulatory Review*, 25 marzo 2019, <https://www.theregreview.org/2019/03/25/hovenkamp-warren-campaigns-antitrust-proposals/>.

6 Rapporto Crémer, p. 15.

7 *Ibid.*

8 Rapporto Crémer, p. 20.

scoraggiare la migrazione dei consumatori verso tecnologie più economiche ed efficienti, ma meno diffuse.⁹

L'effetto combinato di queste caratteristiche è una tendenza alla concentrazione in ogni specifico settore, il che implica che la concorrenza tra piattaforme¹⁰ si struttura tipicamente come concorrenza *per il mercato*, anziché *nel mercato*.¹¹ A ciò si aggiunga che le piattaforme sono talora parte di ecosistemi integrati, in cui convergono molteplici applicazioni e servizi, nonché apparati e terminali – una circostanza che può ulteriormente ostacolare l'emersione di dinamiche concorrenziali «nel merito».¹²

Infine, le peculiarità dell'economia digitale determinano anche alcune differenze nel modo in cui l'innovazione vi prende forma: si tratta di un processo più fluido, nel quale prodotti e servizi sono sempre in divenire e sempre suscettibili di aggiustamenti progressivi, e meno strutturato, dato che ricerca, produzione e commercializzazione procedono spesso in parallelo. In questo contesto, secondo gli autori, la tutela della proprietà intellettuale è meno definita e meno rilevante: i benefici dell'innovazione vengono catturati da chi per primo raggiunge il mercato e accumula una massa critica sufficiente.¹³

3. Verso un nuovo diritto della concorrenza?

In ragione dell'analisi fin qui scarnamente riassunta, e pur ribadendo l'impressione che gli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea fondino una normativa abbastanza robusta e flessibile da poter disciplinare efficacemente le restrizioni della concorrenza anche in ambito digitale, Crémer e colleghi raccomandano di aggiornare il modo in cui queste regole sono applicate.¹⁴

A questo riguardo, il rapporto muove da considerazioni pur condivisibili e all'apparenza di natura puramente tecnica – da cui ricava, però, conclusioni tutt'altro che neutrali. Per esempio, si sofferma sulle complessità insite nella misurazione dei benefici privati e sociali di un dato prodotto o servizio quando si tratti di esaminare un mercato a più versanti, in particolare quando il prezzo monetario è nullo per i consumatori attivi su un versante, sia perché sussidiato dai consumatori attivi sull'altro versante, o perché compensato da altre forme di trasferimento, come la cessione di dati personali.¹⁵

Difficoltà analoghe emergono nella definizione dei mercati rilevanti, in un contesto in cui le linee di demarcazione tra servizi e prodotti – da un lato più pronte a una differenziazione granulare, dall'altro legati tra loro da relazioni di interdipendenza talmente intricate – sembrano sfumare.¹⁶ Questa tendenza è, peraltro, accentuata dal dinamismo dei mercati digitali, che influisce sulla sostituibilità dei servizi e rende meno prevedibile l'evoluzione delle preferen-

9 Rapporto Crémer, p. 22.

10 Il rapporto Crémer utilizza una nozione estesa di piattaforma, in cui rientrano anche quelle non necessariamente caratterizzate dalla presenza di diversi versanti, come i social network.

11 Rapporto Crémer, p. 32.

12 Rapporto Crémer, p. 34.

13 Rapporto Crémer, p. 35.

14 Rapporto Crémer, p. 39.

15 Rapporto Crémer, pp. 43-44.

16 Rapporto Crémer, p. 46.

ze degli utenti.¹⁷

Infine, gli autori manifestano scetticismo rispetto alla possibilità d'identificare criteri univoci per la misurazione del potere di mercato nei mercati digitali, almeno allo stato attuale delle conoscenze in materia. Viceversa, quest'analisi dovrebbe essere attuata caso per caso «tenendo in considerazione le acquisizioni dell'economia comportamentale [...] e con la consapevolezza dei modi in cui gli operatori dominanti sono protetti dalla concorrenza».¹⁸

Prese nella loro interezza, queste osservazioni rischiano di depauperare irrimediabilmente l'armamentario teorico del diritto della concorrenza. Un conto è affermare, con ragioni apprezzabili, che l'economia digitale presenta nuove sfide per la rilevazione delle condotte abusive in settori in cui i prezzi possono non essere una guida affidabile, per la demarcazione dei mercati rilevanti quando la differenziazione dei prodotti li rende troppo angusti e quando l'affermazione degli ecosistemi li rende eccessivamente estesi, per l'individuazione delle posizioni dominanti in un contesto in cui le quote di mercato traducono solo una parte della storia. Un altro conto è ipotizzare che di questi strumenti si possa fare a meno, appiattendosi tutta l'attività di applicazione del diritto della concorrenza su teorie del danno formulate caso per caso.

4. I costi dell'intervento regolamentare

Questa sorta di agnosticismo regolamentare avrebbe un effetto immediato: quello di rendere il diritto della concorrenza meno prevedibile e più esposto alle mutevoli preferenze del momento – un rischio che dovrebbe essere avvertito con particolare intensità nella sfera comunitaria, in cui l'applicazione della disciplina antimonopolistica è rimessa a un organo eminentemente politico, anziché a un'autorità indipendente, come avviene tipicamente al livello dei singoli paesi membri – e di propiziare verosimilmente un livello d'intervento esorbitante rispetto alle effettive necessità del mercato.

Tuttavia, quello che in questa sede salutiamo come un pericolo può essere inteso, secondo la cornice adottata dagli autori, come un'evoluzione auspicabile. Il nucleo ideologico del rapporto, infatti, riposa sull'idea che, in situazioni d'incertezza, l'intervento del regolatore sia generalmente preferibile all'inerzia. E che, diversamente da quanto precedentemente affermato a proposito delle condotte, dei mercati rilevanti e delle posizioni dominanti, un approccio caso per caso al tema in discorso sia indesiderabile.¹⁹

Queste conclusioni rappresentano l'ultimo episodio di un dibattito che da circa quarant'anni coinvolge gli studiosi del diritto della concorrenza, che dividono gli errori dei regolatori in falsi positivi (la proibizione di condotte benefiche) e falsi negativi (l'ammissione di condotte dannose), e un'inversione di rotta rispetto all'opinione dominante, secondo la quale gli errori del primo tipo sono intrinsecamente più nocivi di quelli del secondo tipo, se non altro perché quest'ultimi possono essere corretti più facilmente dal mercato.²⁰

¹⁷ Rapporto Crémer, p. 47.

¹⁸ Rapporto Crémer, p. 50, dove gli autori richiamano il contributo di Fiona Scott Morton alla conferenza "Shaping Competition Policy in the Era of Digitisation", organizzata dalla Commissione Europea nell'ambito del percorso che ha portato all'elaborazione del rapporto qui esaminato. La registrazione integrale dell'evento è disponibile all'indirizzo <https://webcast.ec.europa.eu/shaping-competition-policy-in-the-era-of-digitisation>.

¹⁹ Rapporto Crémer, p. 51.

²⁰ Il riferimento classico è Frank H. Easterbrook, "The Limits of Antitrust", in *Texas Law Review*, vol. 63,

Al contrario, gli autori del rapporto ritengono che «nel contesto di mercati molto concentrati caratterizzati da forti effetti di rete e, pertanto, da alte barriere all'ingresso (uno scenario in cui gli impedimenti all'ingresso non saranno facilmente corretti dai mercati), potrebbe essere preferibile sbagliare nel senso di escludere tipi di condotta che sono potenzialmente anticompetitivi».²¹ Ma l'abbandono della presunzione che ha indirizzato, almeno sulla carta, l'applicazione del diritto della concorrenza negli ultimi decenni apre la strada a una serie di misure che modificherebbero radicalmente l'equilibrio tra le imprese e i regolatori (e tra le imprese dominanti e i concorrenti).

5. Le proposte di riforma

Su queste fondamenta, gli autori costruiscono le loro proposte d'intervento, che variano per grado di novità e intensità. Tra le proposte meno dirimpenti ci sono quelle volte a limitare l'utilizzo di clausole MFN (letteralmente, "Most Favored Nation")²² o a impedire che le imprese circoscrivano la possibilità per i loro utenti (e per le altre imprese rispetto alle quali le prime operano in veste di intermediari) di ricorrere allo stesso tempo a servizi (o a piattaforme) in concorrenza tra loro (c.d. *multi-homing*).²³

Un'altra proposta è quella di limitare il potere pseudo-regolamentare che talune piattaforme esercitano – vuoi nello stabilire i criteri tramite i quali classificare i risultati di una ricerca, oppure nel definire le interazioni ammissibili tra le diverse categorie di utenti presenti su una piattaforma. Secondo il rapporto, che sul punto richiama la giurisprudenza relativa alle funzioni regolamentari delle federazioni sportive,²⁴ gli operatori dominanti hanno la specifica responsabilità di far sì che le regole che impongono non limitino la concorrenza se non nella misura necessaria ad assicurare il corretto funzionamento della piattaforma.²⁵ In quest'ottica, per esempio, si suggerisce di addossare alle piattaforme l'onere di dimostrare che un trattamento di favore per i contenuti propri non abbia effetti dannosi per la concorrenza, o che comunque il relativo guadagno d'efficienza li compensi.²⁶

Generalizzando, gli autori distillano tre principi fondamentali a cui il diritto delle concorrenza dovrebbe ispirarsi nel disciplinare le piattaforme dominanti, che hanno la responsabilità di utilizzare il loro potere regolamentare in un'ottica pro-competitiva; dovrebbero essere tenute ad assicurare l'interoperabilità; e dovrebbero astenersi da ogni tentativo di limitare la capacità delle altre imprese di competere nel merito, salva la possibilità di dimostrare che l'apparente violazione è giustificata dai connessi guadagni d'efficienza.²⁷

E allo stesso genere di presunzione si rifà la proposta più controversa e più radicale del

n. 1, 1984, pp. 1-40.

21 Rapporto Crémer, p. 51.

22 Rapporto Crémer, p. 57. Si tratta di clausole volte ad assicurare che gli utenti di una piattaforma beneficino sempre delle condizioni più favorevoli e che, pertanto, i soggetti che si servono della piattaforma per raggiungere i clienti non possano applicare termini più benevoli su altre piattaforme o attraverso la vendita diretta.

23 Rapporto Crémer, p. 58.

24 Si vedano, in particolare, i casi C-519/04 P, *Meca-Medina e Majcen v Commissione* e la decisione della Commissione dell'8 dicembre 2017 nel caso AT.40208, *International Skating Union's Eligibility rules*.

25 Rapporto Crémer, p. 63.

26 Rapporto Crémer, pp. 66-67.

27 Rapporto Crémer, p. 71.

rapporto, quella d'invertire l'onere della prova nei casi di fusione, in particolare quelli che interessano l'acquisizione di imprese dal fatturato ancora limitato ma con una base utenti già consolidata e in rapida ascesa.²⁸ Queste operazioni possono sfuggire al controllo preventivo previsto dalla disciplina europea (e dalle discipline nazionali): vuoi perché, appunto, non raggiungono le soglie dimensionali previste; vuoi perché sono tipicamente classificate come fusioni verticali, che integrano servizi o prodotti complementari, anziché come fusioni orizzontali, che riducono il numero di soggetti attivi in uno stesso mercato.²⁹

Sotto il primo profilo, gli autori riconoscono che l'abbandono delle soglie di rilevanza o una loro marcata riduzione, peraltro già in corso d'attuazione in alcuni paesi membri, rispettivamente ridurrebbero la certezza del diritto e aumenterebbero i costi di transazione e di applicazione della normativa;³⁰ quanto al secondo, invece, Crémer e colleghi affermano che sia opportuno ripensare le categorie sostanziali e che l'acquisizione di una startup da parte di una piattaforma dominante attiva in un settore distinto ma collegato somigli molto, all'atto pratico, a una fusione orizzontale.³¹

A questo proposito, il rapporto include un'osservazione controintuitiva che merita di essere esaminata: se si adottasse questo criterio meno rigoroso per identificare i potenziali concorrenti, si dice, più acquisizioni apparirebbero sospette, ma allo stesso tempo si finirebbe per annacquare la posizione di mercato dell'operatore dominante – il che potrebbe aumentare, anziché ridurlo, il numero di falsi negativi.³² A ben vedere, questa ricostruzione sembra contraddire la teoria della concorrenza nel digitale precedentemente elaborata dagli autori: se la minaccia competitiva proviene dai pionieri di nicchie non ancora sviluppate, è improbabile che allargare l'analisi agli eventuali altri operatori attivi in quelle stesse nicchie – i cui ricavi e i cui utenti saranno giocoforza marginali – possa modificare significativamente lo scenario nella seconda direzione ipotizzata.

E, in effetti, riprendendo la questione a valle dell'esposizione della loro teoria del danno, gli autori esprimono l'aspettativa che essa contribuisca piuttosto a minimizzare i falsi negativi.³³ Ma in cosa consiste questa teoria del danno? Nell'idea che le acquisizioni delle piattaforme non mirino tanto a sopprimere l'innovazione dei concorrenti – come le diffuse quanto imprecise allusioni alla categoria delle *killer acquisition* farebbero pensare – bensì a tutelare strategicamente la posizione di mercato acquisita e a ridurre per gli utenti gli incentivi a lasciare la piattaforma.³⁴

Quanto al rimedio ipotizzato, anche qui gli autori sembrano incappare in una cospicua contraddizione: da un lato, negano la necessità d'invertire l'onere della prova³⁵ e l'intenzione d'introdurre una presunzione d'illiceità per questo genere di operazioni;³⁶ dall'altro, però, l'utilizzo del criterio appena esposto e la rinuncia a una definizione rigorosa del mercato rilevante finirebbe per rendere sospetta la gran parte delle acquisizioni da parte delle

28 Rapporto Crémer, p. 110.

29 Rapporto Crémer, pp. 111-112.

30 Rapporto Crémer, pp. 114-115.

31 Rapporto Crémer, p. 117.

32 Rapporto Crémer, p. 119.

33 Rapporto Crémer, p. 124.

34 Rapporto Crémer, p. 122.

35 Rapporto Crémer, p. 122-123.

36 Rapporto Crémer, p. 124.

piattaforme, costringendo quest'ultime a giustificarle in termini d'efficienza³⁷ e invertendo sostanzialmente – se non formalmente – l'onere della prova.

6. Una valutazione di sintesi

Il rapporto appare caratterizzato da una fondamentale ambivalenza. Da un lato, è innegabile che gli autori abbiano affrontato l'incarico con equilibrio e onestà intellettuale, senza tentare di occultare le complessità della materia, richiamando ripetutamente all'umiltà richiesta per dirimere le questioni in esame e alla necessità di un maggiore approfondimento negli anni a venire per poter «meglio comprendere le tecnologie su cui il settore digitale si fonda e la rilevanza dei dati per la concorrenza e la sua tutela».³⁸

Inoltre, gli autori si sono premurati di riferire anche molti degli argomenti meno favorevoli alle loro tesi. Solo per fornire qualche esempio, hanno riconosciuto che «la concorrenza tra grandi ecosistemi può essere intensa»;³⁹ che fattori come la differenziazione dei servizi e il *multi-homing* possono agevolare l'ingresso di nuovi operatori;⁴⁰ che anche condotte apparentemente anticompetitive (come le clausole MFN⁴¹ e la pratica di favorire i propri servizi⁴² possono avere effetti procompetitivi; o che le acquisizioni di startup da parte degli operatori affermati possono produrre sinergie e guadagni d'efficienza, oltre a essere uno dei principali meccanismi grazie ai quali i fondi di *venture capital* sono indotti a investire nelle imprese innovative.⁴³

Dall'altro lato, però, i buoni propositi si riflettono solo in parte sulle loro prescrizioni. Anche in questo caso, occorre distinguere. È forse vero che il rapporto offre proposte di riforma specifiche più modeste di quelle elaborate negli altri documenti menzionati in sede d'introduzione (nonché, si direbbe, di quelle auspiccate dallo stesso committente): per esempio, il rapporto Furman raccomanda un ricorso massiccio alle misure cautelari e l'istituzione di un regolatore di settore, incaricato – tra l'altro – di elaborare un codice di condotta destinato alle imprese “strategiche”; mentre il rapporto Crémer si astiene sul primo punto⁴⁴ e frena sul secondo, riconoscendo i rischi connessi all'imposizione di una disciplina *ex ante* generalizzata⁴⁵ e ammettendo per la regolamentazione un ruolo più limitato e puntuale, per esempio in materia di accesso ai dati.⁴⁶

Per converso, però, le proposte apparentemente più generiche del rapporto Crémer possono avere implicazioni estremamente significative. Si pensi alla suggestione d'invertire l'onere della prova nel vaglio delle acquisizioni di startup innovative da parte di operatori dominanti in settori limitrofi: come abbiamo già notato, contrariamente a quanto affermato dagli autori, questo equivarrebbe a introdurre una presunzione d'illiceità per le operazioni

37 *Ibid.*

38 Rapporto Crémer, p. 127.

39 Rapporto Crémer, p. 34.

40 Rapporto Crémer, p. 37.

41 Rapporto Crémer, p. 55.

42 Rapporto Crémer, p. 69.

43 Rapporto Crémer, p. 111.

44 Rapporto Crémer, p. 17.

45 Rapporto Crémer, p. 69.

46 Rapporto Crémer, p. 109. Al tema dei dati, il rapporto dedica un intero capitolo, di cui in questa sede non ci occupiamo perché meno rilevante in termini di proposte.

in discorso. Ancor più preoccupante è la fuga dagli strumenti tradizionali del diritto della concorrenza per condensare l'attività dei regolatori nell'elaborazione di una teoria del danno magari plausibile, ma astratta e indimostrata: «in un mondo digitale, in cui il futuro è più incerto e più difficile da comprendere», scrivono gli autori, «avremo un livello di applicazione [della normativa proconcorrenziale] subottimale se continueremo a richiedere che il danno sia identificato con un alto grado di precisione».⁴⁷

Il dinamismo dell'economia digitale, la nuova morfologia dei settori tecnologici, la differenziazione sempre più granulare di prodotti e servizi, il ruolo degli ecosistemi e delle loro sovrapposizioni, l'evoluzione delle relazioni di sostituibilità (e complementarità)... indubbiamente, questi fattori rendono il lavoro delle autorità antitrust più complesso e oneroso. Tuttavia, la vigilanza sui mercati richiede una piena comprensione delle loro dinamiche, non solo sul piano teorico, ma anche su quello empirico. Pensare di poter prescindere da una rigorosa definizione dei mercati rilevanti, del potere di mercato, degli effetti delle condotte sui consumatori non è solo opinabile dal punto di vista scientifico, ma anche pericoloso nella pratica perché un siffatto diritto della concorrenza attribuirebbe alle autorità antitrust una delega in bianco, con buona pace della certezza del diritto.

Ciò non implica che sia opportuno riporre una fede incondizionata nell'utilizzo di strumenti comunque caratterizzati da un certo margine di arbitrio, bensì che gli sforzi degli studiosi e dei pratici del diritto della concorrenza dovrebbero essere volti a ridurre quel margine attraverso una sempre più precisa comprensione dei fenomeni analizzati, anziché a cestinare anche la guida imperfetta che le categorie tradizionali offrono. L'unica alternativa è quella di lasciare campo libero ai preconetti e alle intuizioni dei diversi osservatori – e se ne trova traccia anche nel rapporto: per esempio, discutendo gli incentivi che possono indurre le imprese a focalizzarsi sull'aumento dei ricavi a scapito della redditività, gli autori lamentano la difficoltà di distinguere tra una strategia di prezzi predatori e una presunta strategia «naturale» d'ingresso nel mercato.⁴⁸

Alla luce di queste osservazioni, è più agevole identificare la maggior debolezza del rapporto: Crémer e colleghi riferiscono anche gli argomenti meno favorevoli alle loro tesi, ma non li affrontano nel merito, e si accontentano di enunciare le loro conclusioni senza fornire alcuna evidenza a supporto. Di nuovo, che nell'economia digitale il potere di mercato sia più resistente, che i falsi negativi siano più dannosi dei falsi positivi, che le economie di scala e gli effetti di rete marchino una differenza qualitativa (e non, al più, quantitativa) rispetto ai settori tradizionali, sono tutte ipotesi forse plausibili, ma allo stato attuale prive di supporto empirico. E, a meno che non si decida d'invertire l'onere della prova anche nel dibattito pubblico, toccherebbe ai sostenitori dell'inadeguatezza delle regole attuali dimostrare concretamente la necessità di riformarle.

Rimane da sottolineare un ultimo aspetto: l'impatto di studi come il rapporto Crémer si estende oltre il loro ambito naturale: non solo perché questi documenti vanno contestualizzati nel dibattito ideologico che sta scuotendo il diritto della concorrenza, con l'emersione dell'orientamento che i sostenitori definiscono «neo-Brandeisian» e i detrattori defini-

47 Rapporto Crémer, p. 42.

48 Rapporto Crémer, p. 32.

scono «hipster»⁴⁹ o populista;⁵⁰ ma soprattutto perché forniscono copertura ideologica a interventi dirompenti da parte dei regolatori: nel mese di settembre, in un'iniziativa senza precedenti, i procuratori generali di quarantotto dei cinquanta stati americani hanno avviato un procedimento antitrust congiunto nei confronti di Google; a ottobre, la Commissaria Vestager ha prima imposto al gigante dei microchip Broadcom delle misure cautelari,⁵¹ servendosi di un istituto che non veniva azionato dal 2001, e ha quindi invocato ancor maggiori poteri, compreso quello poco meno che distopico di «riorganizzare il mercato prima che il danno sia fatto».⁵²

Quale danno, non è dato sapere. Nell'era dell'antitrust 2.0, la continua riduzione dei prezzi, spesso persino azzerati, e il continuo aumento della quantità e della qualità dei servizi offerti cedono il passo di fronte alle elaborazioni teoriche meglio allineate con gli interessi di politici e regolatori. Pochi mesi fa, commentando le polemiche seguite alla bocciatura da parte della Commissione Europea della fusione ferroviaria tra Alstom e Siemens, Patrick Rey e il premio Nobel Jean Tirole – colleghi di Jacques Crémer alla Toulouse School of Economics – invitavano a tenere la politica fuori dal diritto della concorrenza.⁵³ La raccomandazione è ancora valida, e più attuale che mai.

49 Joshua D. Wright et al., "Requiem for a Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust", in *Arizona State Law Journal*, vol. 51, vol. 1, 2019, pp. 293-369.

50 Carl Shapiro, "Antitrust in a time of populism", in *International Journal of Industrial Organization*, vol. 61, 2018, pp. 714-748.

51 V. "Antitrust: Commission imposes interim measures on Broadcom in TV and modem chipset markets", IP/19/6109, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_6109).

52 V. Valentina Pop, "She Fined Tech Giants Billions of Dollars. Now She Wants Sharper Tools", in *The Wall Street Journal*, 15 ottobre 2019, <https://www.wsj.com/articles/she-fined-tech-giants-billions-of-dollars-now-she-wants-sharper-tools-11571131520>.

53 Patrick Rey e Jean Tirole, "Keep Politics Out of Europe's Competition Decisions", in *Project Syndicate*, 4 marzo 2019, <https://www.project-syndicate.org/commentary/alstom-siemens-rejected-merger-european-competition-policy-by-patrick-rey-and-jean-tirole-2019-03>.

IBL Focus

Chi Siamo

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

Cosa Vogliamo

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