**L’intervento antitrust in materia di pratiche escludenti: lezioni dal dibattito recente[[1]](#footnote-1)**

Michele Polo

(Università Bocconi)

1. **Introduzione**

L’ultimo decennio ha rappresentato una stagione di forte innovazione nelle politiche antitrust in Europa, con riforme profonde in tutti gli ambiti di intervento. Nel 2004 la Commissione Europea ha introdotto una nuova regolamentazione in materia di controllo delle concentrazioni, volta ad arricchire l’insieme degli elementi oggetto di valutazione in modo da poter cogliere in modo più accurato e flessibile i possibili fattori in grado di determinare significative restrizioni della concorrenza[[2]](#footnote-2). Nello stesso anno anche il regolamento di attuazione della disciplina delle intese regolata dall’art. 81 è stata sottoposta ad una profonda revisione che ha portato a modificare radicalmente sia le modalità di scrutinio degli accordi, non più sottoposti ad una valutazione preventiva ed eventuale esenzione dal divieto, sia nei criteri sostanziali di analisi dell’accordo stesso e dei suoi possibili effetti.[[3]](#footnote-3) Al di la degli specifici aspetti procedurali, un elemento comune ad entrambe le riforme riguarda il riconoscimento di un ruolo importante alle indicazioni che la moderna analisi economica dei mercati non concorrenziali può offrire per un più efficace e calibrato intervento antitrust.

Da questo punto di vista appare coerente con questi processi anche la creazione nel 2004 di una nuova figura nell’ambito della Direzione Generale della Concorrenza, quella del *Chief Economist*. Il ruolo del *Chief Economist*, e del gruppo di esperti economici che formano il suo team, era nelle intenzioni originarie quello di costituire uno strumento di valutazione indipendente della analisi economica sottostante ai casi sviluppati dagli uffici della DGComp, che, intervenendo in una fase avanzata della procedura, ne analizzasse la fondatezza, mettendo eventualmente in luce la necessità di ulteriori approfondimenti. Nell’ambito della procedura amministrativa che caratterizza la Commissione e molte delle giurisdizioni dei paesi membri, l’introduzione della figura del *Chief Economist* ha quindi rappresentato il tentativo di introdurre una dialettica tra valutazioni indipendenti che rafforzasse le basi giuridiche ed economiche del giudizio finale. Questo aspetto negli anni successivi si è progressivamente affievolito, nel momento in cui i membri del *Chief Economist Team* hanno sempre più frequentemente partecipato sin dagli inizi, portando il proprio *expertise* economico, alla gestione dei casi assieme agli altri funzionari della DComp distaccati al procedimento. E’ rimasta tuttavia l’altra motivazione alla base di questa innovazione istituzionale, legata alla necessità di sviluppare le competenze di analisi economica e empirica da utilizzare nella gestione dei casi.

Nel 2004 la DGComp ha avviato, in coerenza con i processi ora delineati, una profonda riflessione relativa all’applicazione dell’articolo 82 dei Trattati che proibisce l’abuso di posizione dominante. Questa delicata fattispecie negli anni precedenti era stata al centro di importanti casi antitrust sia in ambito europeo che negli Stati Uniti. In Europa i processi di liberalizzazione avviati negli anni Novanta avevano modificato la struttura di mercato di molti settori dei servizi di pubblica utilità, dove i monopolisti di un tempo competevano con nuovi attori. In molti mercati *high tech* le dinamiche competitive vedevano svilupparsi forme intense di concorrenza per l’introduzione di prodotti innovativi assieme al prevalere, in ogni determinata generazione di prodotti, di operatori in posizione di forte dominanza. Questi contesti di strutture di mercato fortemente asimmetriche portavano con sé il potenziale emergere di condotte volte all’esclusione dei concorrenti e richiedevano una attenta valutazione antitrust di numerose pratiche, da quelle di prezzo predatorio e *price squeeze* a pratiche di *tying* e di clausole di esclusiva.

La gestione di casi importanti di abuso di posizione dominante o di *monopolization* assieme agli sviluppi dell’analisi economica di molte delle pratiche potenzialmente escludenti poneva quindi un problema di ammodernamento degli strumenti di analisi antitrust in grado di superare vecchi schematismi e di aderire alla complessità delle situazioni esaminate. Questo processo fu avviato dalla DGComp attraverso un progetto di *guidelines* per l’applicazione dell’articolo 82 affidato agli uffici. Contemporaneamente venne costituito presso la DGComp un gruppo di lavoro, che raccoglieva alcuni degli *advisors* accademici nominati dal *Chief Economist*[[4]](#footnote-4), con il compito di preparare un Report sugli stessi temi. I due documenti[[5]](#footnote-5) vennero pubblicati a breve distanza l’uno dall’altro, nell’agosto e nel dicembre del 2005, e contribuirono ad avviare un dibattito, anche nella forma di opinioni sottoposte all’attenzione della DGComp. Pur con alcune differenze nell’accentuazione degli elementi di novità, più netti nel Report degli esperti economici e più sfumati nel testo degli uffici, maggiormente preoccupati della continuità con la *case law*, questi due documenti rappresentano un punto di riferimento importante nel dibattito in seno all’Unione Europea. Punto qualificante in entrambi è la necessità di arricchire le procedure e i protocolli di indagine seguiti nei casi di abuso di posizione dominante guardando ai contributi dell’analisi economica recente, superando gli schematismi dell’impostazione tradizionale.

Il processo di redazione di un documento finale da parte della DGComp è proseguito negli anni successivi, incrociandosi con la gestione di casi di grandissima rilevanza, che hanno coinvolto imprese quali Microsoft o Intel, o molti degli operatori *incumbent* delle telecomunicazioni in Europa. Nella discussione che è seguita alla pubblicazione dei due documenti il Commissario alla Concorrenza Kroes ha progressivamente abbandonato l’idea di un documento che includesse tutte le fattispecie di abuso di posizione dominante, concentrando l’attenzione sulle pratiche escludenti e stralciando invece la materia delle pratiche di sfruttamento. Il testo finale, pubblicato nel febbraio 2009, si presenta con una struttura più snella rispetto a delle vere e proprie *guidelines*, evitando una trattazione esaustiva e completa di tutte le possibili fattispecie di *foreclosure* e presentandosi come *Draft Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conducts by Dominant Undertakings*. Pur nella forma meno ambiziosa di un documento sulle priorità di *enforcement*, in esso si ritrovano confermate le impostazioni maturate a partire dal 2004 nei gruppi di lavoro e nella successiva discussione pubblica, con un rinnovato ruolo dell’analisi economica nella trattazione dei casi di abuso di posizione dominante.

Oggi il ruolo dell’analisi economica nell’intervento antitrust appare un dato acquisito nella discussione in Europa, a partire da cui la riflessione può svilupparsi sui modi specifici con cui questo processo deve giungere fino alla definizione delle pratiche di indagine e di intervento nelle specifiche fattispecie. Questa discussione ha anche portato con sé un forte dibattito relativo ai criteri con cui l’*enforcement* deve essere amministrato, un tema che richiama quello degli standard legali da seguire. La discussione ha quindi visto emergere diverse proposte e classificazioni, contrapponendo un approccio tradizionale *form-based* ad uno più innovativo basato sugli effetti, e richiamando diverse opzioni tra regole per-se più o meno articolate e regole della ragione. Su questi come su molti argomenti relativi all’approccio da adottare sulle singole pratiche la discussione è tuttora aperta e beneficerà del contributo fondamentale che la gestione dei casi e il recepimento di queste nuove impostazioni nelle decisioni potrà offrire.

Un ulteriore capitolo della discussione promossa dalla DGComp che sta toccando anche il tema delle pratiche unilaterali riguarda lo sviluppo del *private enforcement* e il connesso tema della quantificazione dei danni per pratiche escludenti. Il ruolo secondario dell’*enforcement* privato in Europa rappresenta una delle più evidenti differenze rispetto alla situazione degli Stati Uniti e determina una implicita limitazione delle forme di contenimento delle pratiche unilaterali, caricando sulle spalle dell’intervento pubblico della Commissione e delle Autorità nazionali la responsabilità quasi completa del contrasto alle condotte anticoncorrenziali. Con la pubblicazione del *white paper* sui *Damages actions for breach of the EC antitrust rules*[[6]](#footnote-6) e con il successive report commissionato alla società di consulenza Oxera, *Quantifying antitrust damages: towards non-binding guidance for courts*,[[7]](#footnote-7) la Commissione ha impresso una accelerazione alla discussione sullo sviluppo del *private enforcement* in Europa, che tocca anche il tema della quantificazione dei danni nel caso di pratiche escludenti. Oggi pertanto la discussione non riguarda più solamente i modi più appropriati di applicare l’articolo 82 ma anche le modalità con cui quantificare i danni subiti dai concorrenti e dai consumatori.

La riflessione sulle pratiche unilaterali escludenti non ha riguardato solamente il lato europeo dell’Atlantico, investendo negli stessi anni anche la sponda americana. Sotto la supervisione del *Department of Justice* e della *Federal Trade Commission* venne costituito un gruppo di lavoro che raccoglieva esperti e accademici di matrice economica per una riflessione e proposta in merito all’applicazione della seconda sezione dello *Sherman Act*, riferita alle pratiche di monopolizzazione. Nella formazione del gruppo di lavoro e nella regia del DoJ, organo dell’esecutivo, ha sicuramente pesato la matrice politica dell’Amministrazione repubblicana della presidenza Bush, così come peraltro va tenuta in considerazione la forte influenza che nel mondo accademico americano giocano le posizione riconducibili all’approccio liberista della Scuola di Chicago. Il documento predisposto conteneva posizioni sicuramente innovative rispetto alla *case law* consolidata, con novità rilevanti in molte pratiche e un approccio generale attento a sottolineare i pericoli di congelare con regole troppo rigide e automatiche le dinamiche competitive dei mercati.[[8]](#footnote-8)

Questa impostazione fortemente liberista ha portato alla dissociazione della maggioranza dei Commissari della *Federal Trade Commission*, una delle due istituzioni promotrici dell’iniziativa, che ritennero il documento un “*blueprint for radically weakened enforcement” of Section 2*, rallentando l’approvazione del documento fino all’insediamento della nuova Amministrazione Obama. Nel suo discorso di insediamento il nuovo *Attorney General* dell’*Antitrust Division*, *Department of Justice*, Christine Varney, ritirò il documento giudicandolo incompatibile con le priorità di *enforcement* della nuova Presidenza. Questa vicenda suggerisce quindi come anche nell’antitrust americano i temi delle pratiche escludenti siano al centro di un dibattito acceso e di visioni spesso contrapposte sia per il *background* economico da cui partono che per alcune posizioni generali sulla rilevanza relativa delle potenzialità della concorrenza e innovazione così come sulle potenzialità o i rischi di un *enforcement* accentuato delle politiche della concorrenza. Ci offre quindi lo spunto per riflettere sui modi con cui sviluppi dell’analisi economica e componenti ideologiche si intreccino spesso nella metabolizzazione che conduce alle concrete politiche antitrust e al loro diverso grado di interventismo.

Se la discussione europea ha progressivamente introdotto impostazioni economiche già affermate nel mondo statunitense, la svolta più interventista impressa dalla nuova Amministrazione americana ha ripreso alcuni approcci più consolidati nell’antitrust europeo. Inoltre la riflessione avviata in Europa sullo sviluppo del *private enforcement* quale secondo pilone dell’intervento antitrust porta a considerare tematiche che da decenni sono state sviluppate nel mondo statunitense, dove la *private litigation* copre una percentuale sostanziale dei casi antitrust. E’ oggi probabilmente troppo presto per comprendere se questi segnali prefigurino un riavvicinamento delle politiche della concorrenza tra le due sponde dell’Atlantico in materia di pratiche escludenti, ma sicuramente essi rappresentano una novità e una speranza per quanti hanno cercato di individuare motivi comuni e spunti di reciproco stimolo nei due principali ambiti dell’intervento antitrust.

1. **L’analisi economica delle pratiche unilaterali: visione tradizionale, critiche di Chicago e ricostruzione post-Chicago**

L’ampio dibattito sull’applicazione dell’intervento antitrust in materia di pratiche escludenti si è sviluppato dopo due decenni di acceso confronto sull’analisi economica di queste fattispecie, nel quale si sono fronteggiate proposizioni analitiche e visioni preanalitiche in forte contrasto tra loro. Questo confronto, inizialmente confinato al perimetro dell’Accademia, ha tuttavia influenzato anche le posizioni e le impostazioni giuridiche prevalenti nelle corti e presso le Autorità. Non è compito di questo scritto offrire una ricostruzione approfondita e completa dell’evoluzione dell’Organizzazione Industriale negli ultimi due decenni sulle diverse pratiche di *foreclosure*[[9]](#footnote-9)*.* Quello che tuttavia risulta utile, anche per inquadrare le caratteristiche del dibattito odierno, è mettere in luce un percorso in buona misura comune a molte specifiche aree e che ha caratterizzato alcune tappe importanti nella pratica antitrust, percorso che vede intrecciarsi e succedersi un approccio tradizionale, il radicale effetto corrosivo delle critiche di Chicago e una progressiva ricostruzione da parte degli autori post-Chicago..

La visione tradizionale, prevalente nell’applicazione delle politiche della concorrenza fino agli anni Settanta si presentava come una ricostruzione qualitativa e molto semplificata delle ragioni per cui una determinata pratica poteva comportare l’esclusione di un concorrente, richiamandosi ad una disciplina, l’Economia Industriale di quegli anni, che si caratterizzava per basi teoriche molto fragili e un *background* prevalentemente empirico e descrittivo delle *business practices*.

A queste ricostruzioni approssimative si contrappose quindi con efficacia la critica corrosiva proposta dagli esponenti della Scuola di Chicago[[10]](#footnote-10), capaci di individuare significative debolezze teoriche nelle proposizioni allora prevalenti e di proporre interpretazioni alternative basate su una applicazione rigorosa dell’analisi microeconomica, a cui faceva da sfondo una visione preanalitica associata all’ipotesi di efficienza completa dei meccanismi di mercato. Quest’ultima portava questi autori a conclusioni espresse nella forma di risultati generali applicabili a tutti i mercati. Si passava in questo modo da una presunzione generale di illiceità ad una altrettanto generale affermazione che le pratiche unilaterali in questione erano motivate da ragioni di efficienza e non erano invece (profittevolmente) in grado di promuovere l’esclusione di concorrenti efficienti. Le implicazioni di policy derivanti sia dalla critica serrata alle posizioni tradizionali che dalle spiegazioni alternative proposte per giustificare le stesse pratiche, portavano ad un atteggiamento scettico rispetto alle necessità di intervento e ad una diffusa preferenza per un approccio di *laissez-faire.*

Virtù principale dei contributi di Chicago fu senza dubbio quello di riportare le fattispecie di esclusione dal mercato nel novero dei temi che richiedevano una attenta e rigorosa analisi economica. Il limite che tuttavia impediva di considerare definitivamente chiusa la questione, e di conseguenza sostanzialmente archiviata la necessità di un attento presidio antitrust, stava nella fragilità di molte analisi proposte, senza dubbio rigorose rispetto al panorama precedente ma basate su un corpo di ipotesi più adatto a descrivere i mercati concorrenziali che non le molte imperfezioni che caratterizzano i moderni mercati di Oligopolio.

Lo sviluppo della nuova Industrial Organization negli anni Ottanta e Novanta, basata sugli strumenti della teoria dei giochi, ha consentito quindi di riprendere molti dei temi e delle proposizioni avanzate dalla Scuola di Chicago sottoponendole allo stesso processo di riesame critico che questa aveva applicato con successo alle visioni tradizionali dell’antitrust. La capacità di modellare con duttilità e precisione i diversi contesti strategici sotto esame ha consentito a questo ampio insieme di contributi di arricchire la conoscenza degli effetti, competitivi e anticompetitivi, di molte pratiche potenzialmente escludenti, generando un ampio insieme di modelli. Se quindi Chicago tendeva a sintetizzare la propria visione con una proposizione forte e generale di efficienza delle pratiche, raccomandando un debole intervento antitrust, dai contributi post-Chicago giunge una lezione generale sui molteplici possibili effetti che le pratiche potenzialmente escludenti possono generare e sulle forme articolate e diverse con cui possono svilupparsi. Da un mondo di certezza passiamo quindi, con la nuova Organizzazione industriale, a un mondo di possibilità, da valutare con cura e dettaglio.

A questo arricchimento degli strumenti teorici di analisi ha fatto seguito negli ultimi quindici anni uno sviluppo intenso delle analisi empiriche dei mercati portate avanti a partire dalla modellistica corrente. Anche nell’*Empirical IO* le innovazioni progressivamente introdotte hanno modificato l’agenda di ricerca, la focalizzazione su determinate tematiche e gli strumenti di analisi empirica. Gli studi prevalenti nella Economia Industriale tradizionale, incentrati sullo studio delle relazioni tra profittabilità e fattori strutturali delle industrie, trattati stimando modelli su larghi campioni cross-sezionali, è stata completamente sostituita dallo studio di modelli strutturali riferiti a specifiche industrie e costruiti a partire dalle predizioni di rigorosi modelli economici sottostanti. Lo sviluppo di nuove tecniche econometriche ha consentito di affrontare con successo i pervasivi problemi di non osservabilità o mancanza di dati che affliggono alcune relazioni fondamentali, fornendo oggi un insieme di strumenti duttili che trovano applicazione non solo negli studi accademici ma anche nell’ambito antitrust e di regolazione.[[11]](#footnote-11)

Le implicazioni di policy, che discuteremo più diffusamente nel prossimo paragrafo, vengono nuovamente messe in discussione con lo sviluppo dei contributi post-Chicago, passando da una presunzione generale di liceità di molte pratiche alla necessità di valutare, anche con l’uso delle nuove tecniche di analisi empirica, gli specifici contesti nei quali tali pratiche si sviluppano, in modo da distinguere i casi in cui esse tendono ad escludere i concorrenti da quelli nei quali invece gli effetti di efficienza prevalgono.

Illustreremo quindi il succedersi di queste tappe prendendo a riferimento principale una delle fattispecie di pratiche escludenti più dibattute, i prezzi predatori, illustrando tuttavia come una analoga ricostruzione riguardi molte altre pratiche quali il *tying*  e i contratti di esclusiva.

* 1. **Un esempio paradigmatico: prezzi predatori**

Le pratiche di prezzo predatorio rappresentano uno dei più vetusti capitoli in materia antitrust, potendone ritrovare le prime applicazioni con la nascita dell’intervento in materia di concorrenza negli Stati Uniti e il caso Standard Oil. Nella sua formulazione tradizionale i prezzi predatori corrispondono ad una condotta da parte di una impresa in posizione dominante che riduca drasticamente i prezzi generando una perdita nel concorrente, derivante da una contrazione nelle quote di mercato o da una forzata riduzione dei prezzi al di sotto dei costi per seguire le condizioni offerte dall’*incumbent*. Le perdite così generate inducono quindi il concorrente ad uscire dal mercato e consentono al predatore, una volta rafforzato il proprio potere di mercato, di recuperare le perdite subite generando un profitto dall’intera operazione. La politica aggressiva di prezzo, corrispondente alla fase di predazione, può a seconda dei casi presentarsi come una riduzione generalizzata del prezzo di mercato o, alternativamente, mediante sconti selettivi volti a sottrarre la clientela al concorrente,[[12]](#footnote-12) mentre la fase di recupero delle perdite si sostanzia in un aumento del prezzo una volta escluso il concorrente. Infine, nell’approccio tradizionale, l’uscita del concorrente, nell’aspettativa di una prolungata fase di perdite, è stata tradizionalmente collegata alla maggior fragilità finanziaria delle nuove imprese, incapaci di coprire le perdite subite nella fase di predazione, al contrario dell’impresa dominante, che può sussidiare queste perdite con i profitti ottenuti in altri mercati o con un maggiore accesso al finanziamento esterno, elementi sintetizzati nella nozione di tasca profonda.

Questa descrizione delle pratiche di prezzo predatorio ha sorretto per molti decenni l’intervento antitrust senza che si traducesse in un insieme di analisi e condizioni fattuali più precise né in termini del confronto tra prezzi e costi, né nella valutazione della fase di recupero delle perdite. Ma ha subito critiche forti dagli esponenti della Scuola di Chicago, che hanno sottolineato la implausibilità di una strategia incapace di garantire profittevolmente una posizione dominante all’*incumbent*. McGee (1958) sottolineò infatti che la profittabilità della strategia di predazione richiede un recupero delle perdite iniziali una volta escluso dal mercato il concorrente, mediante un aumento dei prezzi e dei profitti. Tuttavia questa condizione si potrebbe realizzare solamente nel caso in cui non si verifichi, durante questa seconda fase, l’entrata di nuovi concorrenti, attratti dagli elevati prezzi e profitti prevalenti nel mercato. Di fronte alla comparsa di nuovi concorrenti l’*incumbent* non sarebbe infatti in grado di ottenere quegli extraprofitti che giustificherebbero la convenienza dell’intera strategia, dovendo condividere il mercato coi concorrenti o alternativamente avviare un nuovo episodio predatorio tagliando i prezzi. L’acquisizione del concorrente sarebbe quindi una opzione più conveniente, non comportando perdite iniziali, anche nel caso in cui il mercato risulti permeabile all’entrata.

Dalla Scuola di Chicago venne anche una critica radicale alla spiegazione delle condotte predatorie basate sull’asimmetria nella capacità di finanziamento delle imprese, il cosiddetto approccio della *deep pocket*. Si osservò infatti che se il concorrente è tanto efficiente quanto l’*incumbent* in normali condizioni di mercato sarebbe in grado di ottenere un profitto. Troverebbe quindi finanziatori disposti ad anticipare risorse finanziarie in un investimento con un valore attuale netto positivo. Se quindi l’impresa dominante è in grado, ad esempio, di finanziare eventuali perdite con i profitti ottenuti in altri mercati, sfruttando il mercato dei capitali interno, un concorrente egualmente efficiente potrebbe ricorrere alla finanza esterna per coprire i corrispondenti ammanchi. In una situazione di simmetria nelle capacità di finanziamento non è quindi ovvio che debba essere il concorrente a cedere ed abbandonare il mercato, come le analisi sull’uscita e le guerre di logoramento hanno sottolineato.[[13]](#footnote-13) In questo caso, tuttavia, la profittabilità di una politica di prezzo aggressiva, quando viene a cadere la sicurezza di una sua breve durata e di un’uscita del rivale, perde la sua attrattiva per l’impresa dominante.

La conclusione generale che da questi contributi deriva afferma che una impresa dominante non sarebbe in grado di escludere profittevolmente dei concorrenti altrettanto efficienti, mentre l’uscita di imprese inefficienti a seguito di una riduzione dei prezzi rappresenterebbe uno degli effetti più positivi del gioco concorrenziale. Di conseguenza, le politiche della concorrenza non dovrebbero intervenire sulla base di ipotetiche strategie chiaramente irrazionali né laddove l’intensa concorrenza permetta di selezionare gli operatori più efficienti. I prezzi predatori dovrebbero quindi scomparire dall’agenda delle autorità, così come di fatto avvenne nella fase in cui le serrate critiche della Scuola di Chicago fecero breccia presso le corti e le istituzioni antitrust americane.

Negli anni Ottanta un ricco insieme di modelli e analisi riprese in considerazione le pratiche di prezzo predatorio e sottopose le critiche di Chicago ad una attenta disamina, che ha consentito di identificare le ipotesi implicite nelle critiche di Chicago e di proporre contesti nei quali i prezzi predatori risultano profittevoli e in grado di escludere concorrenti altrettanto efficienti. Elemento comune ai molteplici modelli che hanno rivisitato in chiave *game theoretic* i temi dei prezzi predatori si trova la considerazione di imperfezioni nell’informazione a disposizione delle imprese.[[14]](#footnote-14) I primi contributi in questo senso hanno considerato il caso in cui l’impresa entrante non osservi le caratteristiche dell’*incumbent*, e quindi non sia in grado di individuare univocamente le reazioni che questi metterebbe in atto a fronte dell’entrata nel mercato.[[15]](#footnote-15) Ad esempio il potenziale entrante potrebbe non conoscere le preferenze dell’impresa dominante tra una risposta accomodante o aggressiva all’entrata, motivata da particolari stili manageriali o dalla disponibilità di strutture di costo più o meno efficienti. In questi contesti, una impresa dominante che preferisca effettivamente optare per una risposta aggressiva sceglierebbe sempre una strategia penalizzante per il nuovo entrato, comportando perdite e rendendo l’operazione non profittevole per quest’ultimo. Ma l’elemento peculiare di questo approccio, noto per lo studio dei meccanismi di reputazione, risiede nel fatto che anche una impresa che trovi non profittevole seguire una risposta aggressiva all’entrata, perché ad esempio non è più efficiente del concorrente, potrebbe seguire questa condotta, se in grado dopo un numero limitato di episodi di predazione di convincere gli altri possibili concorrenti ad astenersi dall’entrare, attendendosi di fronteggiare un *incumbent* aggressivo. Il sacrificio di profitti sofferto inizialmente verrebbe recuperato una volta che l’entrata di nuovi concorrenti venga scongiurata nei mercati, o periodi, residui, nei quali l’impresa dominante sarà in grado di lucrare i profitti di monopolio. In questo modo la razionalità delle condotte predatorie e la possibilità di recuperare le perdite inizialmente subite si sostengono in base al meccanismo di reputazione, una strada resa possibile a causa dell’informazione imperfetta a disposizione dei nuovi entranti.

Un filone parallelo di studi ha rivisitato anche la critica di Chicago alla *deep pocket theory*, basata sull’idea che i mercati dei capitali avrebbero finanziato un concorrente egualmente efficiente nel caso di perdite derivanti da una risposta aggressiva dell’*incumbent*. Anche in questo caso i nuovi contributi hanno messo in luce un problema di informazione asimmetrica, che coinvolge in questo caso non tanto le aspettative del concorrente quanto le relazioni di finanziamento sul mercato del credito. La teoria della predazione finanziaria[[16]](#footnote-16) parte dalla considerazione che il concorrente, nell’ottenere finanziamenti da investitori esterni, incontra rilevanti problemi di asimmetria informativa: i suoi finanziatori, infatti, non sono in grado di conoscere precisamente le caratteristiche di profittabilità attesa dei progetti finanziati (selezione avversa) né di osservare lo sforzo e la dedizione con cui il progetto verrà portato avanti (azzardo morale). Per cautelarsi dalla possibilità che il finanziamento non venga ripagato, quindi, dovranno inserire clausole in grado di selezionare i progetti più profittevoli e allineare gli incentivi a portarli avanti con scrupolo. Un meccanismo in grado di assolvere a queste esigenze è quello di condizionare il rifinanziamento del progetto al pagamento del credito iniziale. Questo semplice schema di finanziamento, in grado di mitigare, in contesti normali di mercato, i problemi di informazione asimmetrica nella relazione di credito, risulta tuttavia manipolabile dall’impresa dominante che promuova una strategia di predazione. Le performance negative ottenute in questo caso dal concorrente non consentono infatti di ripagare il credito e interrompono il flusso di finanziamenti, ricreando quella asimmetria nella capacità di coprire le perdite alla base della visione tradizionale della tasca profonda. Né, d’altra parte, il concorrente potrebbe provare a convincere il finanziatore a proseguire nell’erogazione del credito sostenendo che le perdite non siano dovute alla inaffidabilità del progetto o alla scarsa cura nell’eseguirlo, ma semmai alla reazione aggressiva dell’*incumbent*. Nell’incapacità di distinguere tra le molte possibili ragioni, una politica accondiscendente aggraverebbe infatti i problemi di affidabilità del credito derivanti dall’asimmetria informativa.

Da questa discussione possiamo quindi trarre alcune lezioni generali circa il dibattito che, al di là delle pratiche di prezzo predatorio, si è sviluppato a partire dalle visioni tradizionali, proseguendo con le critiche di Chicago e la ricostruzione post-Chicago. Se gli esponenti dell’approccio *freshwater* hanno messo in luce la fragilità delle visioni tradizionali, hanno tuttavia proposto una teoria generale delle stesse condotte da cui trarre una altrettanto generale prescrizione di debole *enforcement* antitrust. E tuttavia è la generalizzazione dei risultati, non la loro fondatezza in un contesto particolare di ipotesi, ad aver costituito il punto debole dell’approccio di Chicago aprendo la strada alle analisi successive. E’ evidente, pur nella breve discussione che abbiamo sintetizzato parlando dei prezzi predatori che la critica di Chicago si basa su una ipotesi, mai esplicitata, di mercati dei beni e dei capitali perfetti, nei quali l’entrata avviene senza frizioni né costi irrecuperabili, in cui le caratteristiche rilevanti dei diversi attori sono perfettamente osservate e in cui i mercati finanziari siano in grado di osservare perfettamente la profittabilità dei progetti e la loro puntuale e scrupolosa esecuzione.

Il merito delle analisi post-Chicago sta quindi in primo luogo nell’aver evidenziato il perimetro preciso entro cui le critiche alla visione tradizionale e le proposizioni efficientiste che ne derivano risultano fondate, svelando implicitamente l’operazione ideologica alla base delle generalizzazioni interpretative avanzate dalla Scuola di Chicago: un risultato può essere proposto come teoria generale solamente se si ritiene che le ipotesi, molto specifiche, che lo sostengono abbiano una valenza generale. Valenza che potrebbe essere supportata da una adeguata analisi empirica e che, altrimenti, si affida, come nel caso degli esponenti di Chicago, ad una visione del mondo preanalitica e sostanzialmente ideologica.

In positivo, i contributi degli anni Ottanta e Novanta, di cui qui abbiamo dato conto in minima parte, hanno consentito di identificare contesti specifici nei quali strategie di predazione possono raggiungere profittevolmente l’obiettivo di escludere dal mercato dei concorrenti egualmente efficienti. Non più una unica spiegazione semplice e generale, come prefigurato dagli epigoni di Chicago, ma un insieme di storie anticompetitive caratterizzate da specifiche ipotesi ed implicazioni empiriche e fattuali in parte differenti.

Questa intensa discussione ha caratterizzato anche altre importanti fattispecie di pratiche escludenti seguendo sostanzialmente la stessa traccia. Così *bundling* e *tying* venivano considerati nella visione tradizionale come strumenti attraverso cui una impresa *incumbent* in un prodotto/mercato poteva estendere il suo dominio anche in prodotti/mercati competitivi. Salvo trovarsi nella situazione, assunta a riferimento nella critica corrosiva di Chicago, in cui, essendo i mercati collegati perfettamente competitivi, legare questi ultimi ad un prodotto offerto in monopolio non consentiva di lucrare ulteriori rendite oltre a quelle già originalmente godute, determinando ancora una volta una debole motivazione all’adozione in senso anticompetitivo di queste pratiche. *Tying* che invece potrebbe essere utilizzato, nelle proposizioni post-Chicago, dall’impresa dominante come *commitment* ad assumere, in caso di entrata, condotte aggressive volte a preservare le rendite originarie, ora legate in un destino indissolubile all’acquisto dell’intero bundle.[[17]](#footnote-17)

Analoga storia interessa i contratti di esclusiva, visti tradizionalmente come un modo per privare un potenziale entrante del suo mercato di sbocco, impedendone l’attività. Anche in questo caso Chicago identificò un punto debole, legato al fatto che per convincere gli acquirenti a sottoscrivere una clausola di esclusiva, che li sottoponeva successivamente all’esercizio del potere di mercato dell’*incumbent*, quest’ultimo avrebbe dovuto offrire adeguate compensazioni. Ma tali trasferimenti risultano più elevati dei profitti lordi così ottenuti, rendendo non conveniente la strategia di esclusiva. Conclusione corretta ma non generale, laddove ad esempio l’impresa dominante sia in grado di segmentare il mercato offrendo una compensazione solamente ad alcuni acquirenti: restringendo a sufficienza il mercato residuo a disposizione dell’entrante, l’impresa dominante sarebbe in grado di mantenere il concorrente fuori dal mercato, per l’impossibilità di coprire i costi di entrata con i limitati profitti lordi a disposizione.[[18]](#footnote-18)

In conclusione, la discussione degli ultimi decenni ha portato a riconsiderare molte presunzioni di illiceità delle pratiche unilaterali superando lo schematismo degli approcci tradizionali. L’iniziale sostituzione di una generalizzata presunzione di illiceità con una altrettanto generalizzata presunzione di efficienza di queste condotte è stata via via superata grazie all’attento studio dei diversi contesti, che ha portato ad una visione più problematica delle diverse condotte, potenzialmente in grado di generare sia effetti di esclusione che di promozione dell’efficienza, assieme ad una più chiara identificazione delle ipotesi adottate e delle implicazioni fattuali ed empiriche delle diverse spiegazioni. Questa più articolata ricostruzione ha posto sul tappeto la necessità di ripensare i modi di applicare le norme in materia di pratiche unilaterali, gli standard legali da utilizzare, l’impostazione stessa dell’analisi alla base di un caso.

1. **Le implicazioni di policy**

Come abbiamo accennato nell’introduzione, la discussione sviluppatasi nella seconda metà del decennio sulla riforma nell’applicazione dell’intervento antitrust in materia di pratiche escludenti ha intrecciato la riflessione sui nuovi contributi economici da includere nel bagaglio degli strumenti di analisi con una ampia discussione relativa agli approcci da seguire nell’applicazione delle norme e agli standard legali da adottare.

**3.1 Approccio *form based* e *effect based*, regole strutturate e regole della ragione.**

La discussione si è inizialmente presentata nella forma di una contrapposizione tra un approccio tradizionale *form-based* e una nuova impostazione *effect-based*. Il primo veniva identificato con una impostazione prettamente giuridica che partiva da una verifica dell’esistenza di una posizione dominante utilizzando un set semplificato di indicatori, per poi analizzare le caratteristiche formali delle condotte seguite riportandole ad una delle pratiche o fattispecie incluse tra quelle proibite, concludendo con una censura dell’impresa dominante. In questo approccio lo sforzo di analisi è volto quindi a ricondurre le specifiche pratiche adottate ad una delle categorie esistenti nella giurisprudenza, applicando ad esse la valutazione di liceità o illiceità conseguente. Questa impostazione è coerente con uno standard legale di proibizione per-se della condotta quando realizzata da imprese dominanti.

La discussione avviatasi in Europa e negli Stati Uniti mise in luce le debolezze implicite in questo approccio, che potevano condurre in modo non chiaramente prevedibile ad un eccesso così come ad una carenza di *enforcement* rispetto agli obiettivi ultimi dell’intervento. Nell’ampio alveo delle pratiche potenzialmente escludenti, infatti, oggi sappiamo che quasi mai esiste una corrispondenza automatica tra una determinata condotta e i suoi effetti sulla concorrenza e sui consumatori. Nei termini delle norme rilevanti, tra la natura della condotta e il conseguente abuso, o tentativo di monopolizzazione. Di per sé, la classificazione di una determinata strategia nelle forme di una delle pratiche codificate non implica quindi necessariamente che questa sia in grado di escludere dei concorrenti dal mercato. In questo senso non è possibile nemmeno individuare se una determinata impostazione tenda ad una applicazione eccessiva (errori del primo tipo) o troppo debole (errori del secondo tipo) della norma, lasciando la valutazione sulla capacità di deterrenza dell’intervento del tutto imprecisata.

L’approccio *form-based* è stato sovente associato dai suoi sostenitori ad una maggiore prevedibilità dei criteri di valutazione per le imprese sottoposte alla disciplina antitrust, e ad una conseguente maggior certezza giuridica dell’intervento. Questo elemento contiene un elemento di verità, ma non va eccessivamente enfatizzato, dal momento che le pratiche concrete adottate dalle imprese, seguendo questo approccio, debbono essere riportate, con una operazione di interpretazione, a delle fattispecie definite in termini più generali, introducendo un elemento di discrezionalità e imprevedibilità in quella che a prima vista potrebbe sembrare una operazione di mera traduzione. Chi consideri, ad esempio, le pratiche di sconto, caratterizzate da una molteplicità di clausole diverse, può cogliere a pieno il fatto che qualunque classificazione a priori degli sconti, e qualunque riferimento a casi concreti derivante dalla giurisprudenza, non esaurirà mai le possibilità di disegnare meccanismi di sconto leggermente diversi aprendo la strada a dubbi interpretativi quando li si voglia ricondurre alle categorie esistenti. La saga dei casi Michelin presso la Commissione Europea è da questo punto di vista un esempio eloquente e istruttivo.

L’insoddisfazione per l’approccio tradizionale basato su una classificazione delle condotte abusive nasce quindi dal riconoscimento di come, con i nuovi strumenti di analisi e comprensione delle dinamiche competitive in contesti di oligopolio, l’applicazione delle norme sulle pratiche unilaterali focalizzata sulla ricostruzione formale delle condotte porti a conseguenze difficilmente prevedibili e spesso controproducenti sulle scelte delle imprese e sul benessere dei consumatori.

L’approccio che emerge a partire dalla più ricca comprensione delle pratiche unilaterali, ha suggerito di guardare agli effetti di queste condotte per distinguere i casi in cui esse conducano all’esclusione di concorrenti efficienti da quelli in cui invece esse siano normali strumenti di competizione oligopolistica senza effetti restrittivi sulla concorrenza. Nella discussione sviluppatasi in Europa sono state così proposte diverse definizioni, parlando di approccio *effect-based* o di *more economic approach.*

L’attenzione agli effetti delle pratiche unilaterali è da un certo punto di vista il naturale portato della ricostruzione post-Chicago sviluppatasi negli scorsi decenni e descritta nel precedente paragrafo. Ricostruzione che ha evidenziato come un determinato strumento strategico, assimilabile ad una particolare condotta identificata dal punto di vista formale, possa, a seconda delle caratteristiche delle imprese e del mercato e delle finalità perseguite da una impresa dominante, condurre o meno ad effetti escludenti. E’ solamente guardando a questi ultimi che si possono quindi identificare precisamente i casi in cui una impresa compia un abuso di posizione dominante, evitando al contempo di perseguire condotte, anche aggressive dal punto di vista concorrenziale, ma parte del naturale gioco di mercato.

Questo invito a non fermarsi alla natura formale delle condotte ha tuttavia portato, nel dibattito che è seguito, ad una completa identificazione dell’approccio basato sugli effetti con modalità di applicazione delle politiche della concorrenza assimilate alla regola della ragione, cioè ad una valutazione caso per caso senza criteri più generali descrivibili a priori, con un aumento dell’incertezza giuridica nell’intervento.[[19]](#footnote-19) Riteniamo tuttavia che l’identificazione di un approccio *effect based* con una *rule of reason* non sia necessaria, e che il primo sia conciliabile anche con standard legali più strutturati e prevedibili ex-ante. Per chiarire questo punto importante, è utile provare a descrivere i criteri di valutazione di una condotta nella forma di un test econometrico.

Il criterio tradizionale sostanzialmente identificava l’insorgere di un danno ai concorrenti e ai consumatori, nella forma di un abuso escludente, con la presenza di alcuni indicatori *X* associati alla presenza di una posizione dominante, primo tra tutti una elevata quota di mercato, assieme all’adozione di particolari condotte *C*. Questa impostazione può essere razionalizzata nella forma di un modello economico che associa la probabilità di esclusione *E* al manifestarsi di questi pochi elementi fattuali: *Pr(E)=f(C,X).* Più precisamente, la probabilità di esclusione si giudica sufficientemente elevata quando gli indicatori strutturali *X* superano una determinata soglia, quale ad esempio una quota di mercato del 50%.

E’ evidente che anche questa impostazione, che nel dibattito degli ultimi anni è stata identificata con un approccio eminentemente giuridico e definita *form-based*, ha alla base, o può almeno essere razionalizzata nella forma di un approccio economico semplificato, quale quello che caratterizzava l’Economia Industriale tradizionale. E come le critiche di Chicago a loro volta possano essere viste come la proposizione di una lettura economica che, in corrispondenza di quegli stessi pochi fattori strutturali, prediceva una remota probabilità che la condotta in oggetto conducesse all’esclusione di concorrenti, proponendo uno standard legale di liceità per se.

La ricostruzione post-Chicago, d’altra parte, ha messo in luce come gli effetti di esclusione di una determinata condotta C dipendano da un insieme di fattori più ricco di quelli considerati nella visione tradizionale, e che oltre agli elementi X debbano essere considerati altri fattori Y e Z, senza i quali le predizioni sulla probabilità di esclusione sarebbero troppo imprecise, portando a significativi errori del I e del II tipo. Riprendendo la rappresentazione del problema nella forma di un test econometrico, dai contributi post-Chicago deriva un specificazione più ricca delle relazioni tra condotte, condizioni di mercato e effetti escludenti: *Pr(E)=g(C,X,Y,Z).* La più articolata comprensione delle pratiche unilaterali consente di cogliere quindi come una formulazione semplificata, analoga a quella *form-based*, conduce a una minor capacità di predire gli effetti escludenti, che invece possono essere più accuratamente previsti con un insieme più ampio di elementi fattuali. Una migliore e più ricca specificazione del modello interpretativo porta quindi a ridurre gli errori di prima e seconda specie nel predire gli effetti di esclusione.

Questo punto di partenza, tuttavia, non implica necessariamente l’adozione di regole della ragione che mirino a stimare direttamente gli effetti delle condotte su concorrenti e consumatori, quello che solitamente si identifica con una *rule of reason*. Le relazioni teoriche oggi disponibili consentono infatti di predire tali effetti escludenti guardando agli indicatori X,Y e Z, elementi che possono essere descritti ex-ante e che consentono quindi di mantenere una sufficiente certezza giuridica ai modi di valutazione applicati nei casi e al contempo di ridurre gli errori. Sono state così suggerite procedure strutturate nelle quali una serie di elementi fattuali possano essere valutati in sequenza, elementi che derivano dall’analisi economica sottostante ma che possono essere descritti ex-ante, per le specifiche fattispecie, giungendo quindi a regole definite ex-ante, anche se capaci di adattarsi e cogliere la ricchezza degli effetti che si manifestano ex-post.[[20]](#footnote-20)

Ovviamente, essendo oggi l’insieme delle proposizioni teoriche di riferimento più ampio rispetto ai semplici modelli dell’approccio tradizionale (o della loro controparte di Chicago), una descrizione dei criteri di intervento appare a sua volta più complesso, come testimoniato anche dai tentativi, poi ridimensionati, di costruire delle vere e proprie *guidelines* europee. Un modo utile di sintetizzare il problema è a nostro avviso quello di riferirsi alla selezione di una adeguata storia anticompetitiva per l’esame di un caso. Con storia anticompetitiva intendiamo la selezione, tra i numerosi modelli che analizzano una determinata categoria di condotte, di quello che meglio si adatta ad alcune caratteristiche salienti della situazione in esame.

Si consideri ad esempio un mercato, quale quello di un particolare farmaco non più coperto da brevetto, nel quale operi una impresa dominante che produce anche numerosi altri prodotti ancora sotto brevetto, e che fronteggia un piccolo produttore del farmaco generico, entrato da poco e senza ampi mezzi propri. In un contesto di questo genere appare naturale il riferimento ai modelli di predazione finanziaria per analizzare le strategie di prezzo dell’*incumbent*. Questo approccio identifica una serie di elementi fattuali da considerare, quali le possibilità di finanziamento esterno del concorrente, che ad esempio possono essere più difficili in mercati nei quali le risorse strategiche sono intangibili quali quelle relative al know how e alle conoscenze tecnologiche, le condizioni di costo e di efficienza nella produzione e i legami con i prezzi praticati dall’*incumbent*.[[21]](#footnote-21) Anche i modelli di reputazione possono offrire interessanti spunti per analizzare le condotte dell’impresa dominante, in particolare quando esista una pluralità di mercati in cui questa opera: la presenza di altri concorrenti potenziali in quel mercato o di altri farmaci la cui copertura brevettuale è prossima a terminare consente infatti di inquadrare la strategia dell’impresa in un contesto multi-periodale dove la costruzione di una reputazione di impresa aggressiva può evitare l’entrata di concorrenti in altri mercati importanti.

**3.2 Interpretazione anticompetitiva e competitiva: il problema di identificazione**

In conclusione, la ricostruzione post-Chicago permette di affinare l’analisi delle condotte anticompetitive individuando un sottoinsieme di modelli rilevanti nello specifico contesto e estraendo da essi una serie di predizioni empiriche e di elementi fattuali che permetta di validare una interpretazione anticoncorrenziale delle condotte riducendo sensibilmente gli errori di prima e seconda specie, pur mantenendo un sufficiente grado di prevedibilità degli standard di valutazione adottati.

Riteniamo tuttavia che il compito di chi gestisce un caso non si esaurisca nell’individuazione di una precisa storia anticompetitiva, nell’individuazione delle sue implicazioni fattuali e nella verifica della sussistenza di questi elementi empirici. La storia anticompetitiva deve infatti confrontarsi con una interpretazione alternativa della medesima situazione, che guardi alle condotte in esame come al manifestarsi di normali forme di competizione oligopolistica. Nell’esempio sopra richiamato, l’analisi delle politiche di prezzo dell’impresa farmaceutica deve prendere in considerazione le caratteristiche della competizione in quella tipologia di mercati, che ad esempio potrebbe manifestarsi principalmente attraverso la partecipazione a gare per la fornitura agli ospedali del farmaco in questione. In questo caso il paradigma più appropriato, la storia competitiva che è utile selezionare, identifica la concorrenza gara per gara secondo i caratteri dei *bidding markets*, contesti molto vicini alla competizione di prezzo alla Bertrand con prodotti omogenei. Le predizioni empiriche che possiamo trarre da questi modelli invitano a guardare al livello di efficienza degli attori per predire se una stessa impresa, quella con i costi più bassi, tenderà sempre a prevalere o invece, in caso di efficienza simile, se le gare finiscano per aggiudicare la fornitura, in base alle offerte ricevute, a seconda dei casi all’una o all’altra. Inoltre da questi approcci teorici deriva l’indicazione di prezzi prossimi ai costi marginali dell’impresa meno efficiente.

La ragione per sviluppare in parallelo una storia anticompetitiva e una competitiva della medesima situazione deriva da diverse motivazioni. In primo luogo, dalla ricostruzione post-Chicago sappiamo che una determinata pratica può essere parte di una strategia escludente ma anche manifestarsi come forma di normale competizione oligopolistica. Le predizioni empiriche delle due interpretazioni debbono quindi essere esplicitate e confrontate per verificare se esse siano equivalenti dal punto di vista delle osservazioni (*observationally equivalent*), cioè indichino un insieme di elementi fattuali del tutto coincidente, o invece permettano l’identificazione dell’una o dell’altra a partire da quegli elementi empirici che si accompagnano solamente ad una delle spiegazioni. Da questo confronto tra le predizioni empiriche della storia competitiva e anticompetitiva possiamo quindi individuare gli elementi fattuali cruciali su cui concentrare l’indagine, capaci di validare l’una o l’altra interpretazione. Questa impostazione risulta tanto più importante se si pensa che normalmente in un caso antitrust per vincoli di tempo e per le oggettive difficoltà, solamente un sottoinsieme di elementi fattuali può essere raccolto e adeguatamente misurato, arrivando quindi a decidere sulla base di un insieme incompleto di dati. In questi casi, quindi, è cruciale comprendere se le parziali evidenze disponibili consentano effettivamente di validare una delle due interpretazioni in gioco, o se invece non permettano di arrivare ad una univoca conclusione.

Tornando all’esempio del mercato farmaceutico descritto in precedenza, sia una interpretazione predatoria che una competitiva predicono in quel mercato prezzi di gara prossimi ai costi quando entrambe le imprese partecipano e prezzi più elevati quando uno solo dei concorrenti sottopone una offerta. Di per sè, quindi, osservare che le gare perse dal concorrente vedevano offerte più aggressive da parte dell’*incumbent* rispetto ad altre forniture dove partecipava solo quest’ultimo non consente di giungere ad alcuna conclusione. La spiegazione predatoria, d’altra parte, suggerisce che le offerte dell’impresa dominante potrebbero essere sottocosto, e che analoghe strategie aggressive verrebbero attuate dall’impresa dominante anche in gare dove partecipino ulteriori imprese anche in assenza del primo concorrente, o in gare riferite ad altri prodotti offerti dall’impresa dominante, al fine di costruire e mantenere una reputazione aggressiva. Per contro, la spiegazione competitiva suggerisce che, anche nel caso di gare con più partecipanti, il vincitore non sottoponga una offerta sottocosto. Infine, una spiegazione predatoria non risulta compatibile con l’osservazione di una caduta delle quote di mercato del primo concorrente, fino all’eventuale uscita, ma di una contemporanea crescita di altri produttori di farmaci generici sugli stessi mercati, evoluzione del tutto compatibile con una interpretazione competitiva qualora il primo concorrente fosse inefficiente rispetto alle altre imprese.

Da questa conclusione si comprende quindi come il confronto tra costo unitario e prezzo praticato dall’incumbent nelle gare in cui è prevalso sul concorrente sia un elemento discriminante, così come l’evoluzione delle quote di mercato di altri concorrenti nello stesso mercato o in mercati nei quali l’impresa dominante opera.[[22]](#footnote-22)

Il confronto delle implicazioni empiriche delle interpretazioni competitiva e anticompetitiva, pertanto, consente di isolare quegli elementi fattuali che permettono di escludere una spiegazione a favore dell’altra. Questo problema è noto in econometria con la nozione di identificazione, e fa da sfondo al modo con cui la verifica di interpretazioni contrapposte debba essere strutturata nella gestione di un caso.[[23]](#footnote-23)

E’ interessante notare che l’attuale pratica adottata dalla Commissione nell’analisi dei prezzi predatori, nota come Akzo test, così come la discussione che ha condotto ad essa a partire dal contributo di Areeda e Turner,[[24]](#footnote-24) possa essere razionalizzata nei termini di un test di identificazione. E’ noto come in un caso di prezzo predatorio la *practice* parta dal confronto tra il prezzo fissato dall’incumbent e i suoi costi unitari, individuando specifiche soglie: i costi medi totali, o nella formulazione più moderna i costi medi incrementali di lungo periodo, al di sopra dei quali il prezzo è considerato lecito, e i costi medi variabili, o costi medi incrementali di breve periodo o, ancora, i costi medi evitabili[[25]](#footnote-25), al di sotto dei quali invece il prezzo viene considerato predatorio senza valutare ulteriori elementi; infine, quando il prezzo dell’impresa dominante ricade tra le due soglie occorre prendere in considerazione ulteriori fattori, quali le condizioni di entrata o l’esistenza di prove di un intento escludente.



Figura 1 – Distribuzione dei prezzi: storia competitiva e anticompetitiva

Nella figura 1 è riprodotta la distribuzione dei prezzi che possiamo collegare alla storia anticompetitiva dei prezzi predatori e a quella competitiva della competizione oligopolistica. Essendo l’analisi qui condotta in termini generali, per descrivere un test applicato a tutti i casi di predazione senza essere calibrato sulle specifiche caratteristiche di un caso, essa include implicitamente tutti i modelli di predazione nel descrivere i possibili prezzi ad essi associati così come l’insieme molto vasto di modelli di concorrenza oligopolistica concepibili. La distribuzione dei possibili prezzi associati alla storia anticompetitiva si posiziona sulla sinistra rispetto a quella della storia competitiva, suggerendo come nel primo caso ci attendiamo sistematicamente prezzi più basse che nel secondo. Inoltre, il prezzo medio appare nel primo caso inferiore e nel secondo superiore ai costi medi totali (ATC), suggerendo come la fase di predazione comporti mediamente delle perdite per l’incumbent, mentre la competizione oligopolistica risulti mediamente profittevole per le imprese. Si può anche notare che forme lecite di competizione possono in alcuni specifici casi, testimoniati dalla ridotta frequenza, comportare la fissazione di prezzi al di sotto dei costi medi totali, come nel caso di competizione alla Bertrand con prodotto omogeneo, o addirittura al di sotto dei costi medi variabili (AVC), quando le imprese debbano introdurre un nuovo prodotto o possano beneficiare di economie di apprendimento che riducono nel tempo i costi. Allo stesso modo, una strategia di predazione può realizzarsi anche con prezzi superiori ai costi medi totali dell’impresa dominante, quando ad esempio nel contesto della predazione finanziaria il concorrente, pur essendo egualmente efficiente nella produzione, incorra in rilevanti costi fissi iniziali e sia richiesto, per gli incentivi derivanti dall’informazione asimmetrica, ad un piano di ammortamento accelerato di queste spese, con costi fissi per periodo più elevati rispetto all’*incumbent*.

Nel caso in cui il supporto delle due distribuzioni di prezzo, così come suggerite dai contributi teorici disponibili, fossero completamente sovrapposti avremmo un caso di equivalenza dal punto di vista delle osservazioni delle due storie, dal momento che qualunque prezzo predetto dalla storia anticompetitiva potrebbe derivare anche da una particolare storia competitiva. Qualora invece alcuni prezzi particolarmente elevati fossero compatibili con modelli di competizione oligopolistica ma non consentissero di escludere un concorrente, così come prezzi particolarmente bassi potrebbero essere adottati in una strategia predatoria ma non in contesti di normale competizione oligopolistica inizieremmo ad individuare, per questi valori estremi, evidenze compatibili solamente con una delle due storie, e quindi in grado, se osservati, di validarne una e smentire l’altra.

Se quindi fissassimo le soglie per decidere in base a questi valori estremi non compiremmo errori di giudizio, poiché prezzi molti elevati sono previsti solo in caso di concorrenza lecita e prezzi molto bassi solamente in caso di predazione, ma avremmo un basso potere esplicativo del nostro test, poiché gran parte dei prezzi sarebbero compatibili con entrambe le storie impedendoci di decidere. Se invece modificassimo le soglie, aumentando quella sotto la quale il prezzo è considerato predatorio e riducendo quella sopra la quale la liceità è garantita, ridurremmo l’intervallo, tra le due soglie, entro il quale non siamo in grado di discriminare tra le due interpretazioni, ma al contempo faremmo sorgere la possibilità di errori: sotto la soglia inferiore saremmo infatti portati a stabilire l’illiceità anche i prezzi associati a pratiche competitive lecite, un caso di errore del primo tipo, e sopra la soglia superiore non perseguiremmo condotte predatorie, con un errore del secondo genere. Nel calibrare il test, quindi, ci troviamo di fronte ad un trade-off tra potere esplicativo ed errori.

La soluzione dell’Akzo test individua soglie che ricevono dall’analisi economica una qualche salienza, dal momento che raramente la competizione oligopolistica conduce a prezzi sotto i costi medi variabili e difficilmente l’esclusione può essere realizzata con prezzi superiori ai costi medi totali. Al contempo, nella zona di indeterminatezza tra le due soglie suggerisce di raccogliere ulteriori elementi che consentano di discriminare tra le due storie.

**3.3 *Private enforcement* e quantificazione dei danni**

Gli approcci seguiti nella gestione di un caso hanno implicazioni, indirette ma importanti, anche sul nuovo fronte che la Commissione ha negli ultimi anni aperto per rafforzare l’intervento antitrust, legato allo sviluppo anche in Europa di un diffuso enforcement privato delle norme sulla concorrenza, in particolare per quanto riguarda il risarcimento del danno per i soggetti colpiti da condotte anticompetitive. Nei documenti richiamati nell’introduzione, la Commissione ha sottolineato la funzione compensatoria ma anche quella di deterrenza che questo ulteriore piano di intervento può esercitare.

Dal punto di vista operativo e procedurale, due sono le principali difficoltà che le parti incontrano nel momento in cui avviino una causa per risarcimento del danno per condotte anticompetitive.[[26]](#footnote-26) La prima riguarda il fatto che deve essere provato un nesso di causalità tra determinate pratiche e il danno subito dalle parti. La seconda difficoltà riguarda invece la quantificazione dei danni subiti, una volta acclarato che le parti vantano un diritto ad essere risarciti. Nel discutere questi due problemi prenderemo a riferimento una situazione nella quale inizialmente è stato avviato un procedimento, da parte di una Autorità pubblica, per abuso di posizione dominante, conclusosi con la condanna dell’*incumbent*.

In questo contesto si potrebbe pensare che la causa a valle del procedimento antitrust possa facilmente risolvere il problema di causalità tra condotte e danni subiti affidandosi alle conclusioni del primo procedimento. Tuttavia non sempre questo avviene, e ciò dipende in buona misura da come la decisione antitrust è stata costruita e argomentata. Le fattispecie di abuso di posizione dominante vedono infatti al centro dell’indagine determinate condotte che hanno prodotto, o potrebbero produrre effetti escludenti, generando un danno ad alcuni concorrenti. La preoccupazione ultima che tuttavia giustifica l’illiceità di queste pratiche risiede negli ostacoli e nelle limitazioni che esse pongono al pieno dispiegarsi del processo concorrenziale, prima di tutto frenando l’entrata nel mercato di nuovi concorrenti, con un effetto negativo sul benessere dei consumatori. L’individuazione degli effetti negativi vede quindi un primo perimetro, riferito ai concorrenti colpiti dalle pratiche escludenti, e una più ampia platea di consumatori che risentono degli ostacoli così frapposti al gioco concorrenziale.

Un problema di causalità si incontra già nel perimetro stretto degli effetti sui concorrenti, nel caso in cui il caso antitrust iniziale abbia seguito un approccio tradizionale, guardando alla sussistenza di una posizione dominante e classificando le condotte seguite entro una delle categorie considerate illecite. In questo caso difficilmente nell’originario procedimento antitrust è possibile rintracciare qualche elemento che illustri e dimostri l’esistenza di diretti e specifici effetti di esclusione ai danni dei concorrenti, non essendo questa la linea delle argomentazioni seguite nella decisione. All’estremo opposto, invece, un approccio che guardi agli effetti, e che dimostri quindi come l’interpretazione anticoncorrenziale della situazione indagata sia validata dagli elementi fattuali raccolti, consente di rintracciare nel caso antitrust originario elementi utili a dimostrare da una parte gli effetti di esclusione delle pratiche censurate, e dall’altra, nell’ambito delle evidenze raccolte, dati utili alla stessa quantificazione del danno subito dai concorrenti. Riteniamo quindi che il modo con cui le indagini nel caso antitrust vengono condotte e la decisione viene articolata siano cruciali nell’assicurare o meno ai successivi casi di risarcimento del danno una solida base giuridica su cui basare la dimostrazione del legame causale tra condotte e danni, oltre che una base di elementi fattuali che può facilitare la stessa quantificazione del danno.

Meno ovvia invece appare, anche in un approccio che guardi agli effetti delle pratiche escludenti, la possibilità di stabilire un nesso di causalità diretta con il danno subito dai consumatori attraverso le limitazioni al processo concorrenziale. Questo aspetto risulta centrale quando si analizzi il problema del danno derivante da accordi collusivi tra imprese, a seguito dei quali gli acquirenti subiscono aumenti nei prezzi pagati. Meno ovvio e immediato appare invece il collegamento tra pratiche escludenti e benessere dei consumatori. In primo luogo questo processo può caratterizzarsi per un profilo temporale complesso, in cui, ad esempio, nella fase predatoria i prezzi vengono ridotti con un beneficio dei consumatori e solo in seguito vengono aumentati per recuperare le perdite. In questa sequenza temporale l’intervento antitrust potrebbe avvenire in fasi diverse, interrompendo le pratiche indagate ma non necessariamente eliminando, da quel momento in poi, gli effetti distorsivi sui processi di entrata. Per queste ragioni l’impostazione che sembra prevalere anche in sede Comunitaria concentra l’analisi dei danni antitrust nel caso di pratiche escludenti sugli effetti subiti dai concorrenti.

Questi ultimi pongono problemi complessi sia dal punto di vista economico che operativo. Una pratica escludente può infatti portare all’uscita di un concorrente attivo sul mercato, ad un suo ridimensionamento, così come può convincere un potenziale entrante a rinunciare al progetto. Rispetto al caso di effetti derivanti dalle pratiche collusive, abbiamo quindi la necessità di adottare un frame work di analisi più ricco, nel quale inoltre l’individuazione della situazione di riferimento, il cosiddetto controfattuale, appare complessa.[[27]](#footnote-27) In termini generali, tuttavia, un approccio che analizzi e studi anche nell’analisi fattuale gli effetti delle pratiche escludenti consente con una maggiore probabilità alle parti di ritrovare nella iniziale decisione antitrust elementi utili anche per la quantificazione del danno.

In questo senso riteniamo che vi sia coerenza tra gli elementi di riforma introdotti dalla Commissione nell’ultimo decennio nell’applicazione delle diverse fattispecie antitrust con un ruolo maggiore dell’analisi economica e degli effetti e il progetto di arricchimento del private *enforcement* in ambito Europeo.

1. **Il grado e le forme di intervento desiderabili**

Nella discussione sin qui condotta abbiamo ricostruito l’evoluzione delle modalità di intervento antitrust in materia di pratiche escludenti, mettendo in luce come gli sviluppi dell’analisi economica abbiano portato a passare da regole e standard legali semplificati, sostanzialmente basati su regole per-se di illiceità o liceità di determinate pratiche, a regole più articolate che prendano in considerazione un numero maggiore di elementi, in modo da distinguere i contesti nei quali una determinata pratica determina l’esclusione di un concorrente da quelli nei quali invece costituisce solamente uno degli strumenti di competizione oligopolistica.

Vi è tuttavia un modo complementare di guardare alle diverse forme di intervento, che non parte (solamente) da un confronto tra i suggerimenti dell’analisi economica e il loro recepimento in specifiche modalità di applicazione delle norme, ma che invece considera quali forme di intervento siano più appropriate a garantire il raggiungimento degli obiettivi di efficienza e benessere dei consumatori preposti all’azione delle autorità antitrust. Si tratta, in altri termini, di considerare le forme di intervento secondo la prospettiva dell’*enforcement* ottimale della legge, nei termini sviluppati dalla letteratura di *Law and Economics*. In anni recenti alcuni contributi hanno sviluppato questa linea di analisi offrendo spunti interessanti, che hanno consentito anche di inquadrare in modo più chiaro il ruolo delle convinzioni preanalitiche e ideologiche relative al funzionamento dei mercati all’interno dell’analisi dell’intervento in materia di politiche della concorrenza.

Nei suoi termini più generali, il problema che rende complessa la definizione di un *enforcement* ottimale dell’intervento antitrust in materia di pratiche escludenti riguarda l’esigenza di “*prevent abuses and foreclosure without chilling competition on the merits*”. Questa frase da un lato ci ricorda il punto, già più volte affrontato in queste pagine, della natura non univoca delle pratiche potenzialmente escludenti, in grado di precludere l’attività ai concorrenti ma anche di rappresentare forme di competizione intensa ma desiderabile. In secondo luogo, la nozione di “*competition on the merits*” richiama un concetto relativo a forme di concorrenza che esaltano le potenzialità di innovazione e miglioramenti di efficienza da parte delle imprese, portando anche, in determinati contesti, al sorgere di (temporanee) posizioni dominanti. E’ proprio in contesti di questo genere, frequenti in industrie *high tech* o caratterizzate da economie di scala dal lato della domanda, che la forte competizione per la primazia sul mercato si accompagna allo sfruttamento di temporanee situazioni di leadership ed extraprofitto.

Molti dei casi antitrust più rilevanti che negli ultimi anni hanno considerato le pratiche escludenti, da quelli americani ed europei nei confronti di Microsoft al caso Intel, hanno riguardato industrie caratterizzate da un ruolo fondamentale dell’attività innovativa per promuovere nuove generazioni di prodotti. Altri casi importanti, riferiti a servizi di pubblica utilità come le telecomunicazioni, hanno coinvolto imprese dominanti in contesti caratterizzati da forti esternalità di rete, in grado di agire da volano nel garantire una ampia base di clienti a quanti riescano a vincere la gara per la supremazia nel mercato.

In contesti di mercato nei quali le imprese siano impegnate in una attività di investimento per la ricerca di nuove soluzioni innovative, e successivamente, in caso di successo dei processi di R&D, nella definizione di appropriate strategie di mercato per la commercializzazione dei nuovi prodotti, le politiche di tutela della concorrenza tendono a determinare un insieme di effetti più ricco rispetto ai contesti nei quali le imprese siano in grado di definire le proprie strategie di mercato adottando pratiche già conosciute e che non richiedono un iniziale sforzo innovativo.

Questi ultimi contesti, che sono alla base delle analisi tradizionale sull’*enforcement* ottimale della legge, hanno portato ad identificare una modalità di intervento basata sul principio della deterrenza marginale: le sanzioni comminate alle diverse pratiche e l’intensità con cui l’intervento deve essere realizzato debbono indirizzare le imprese dominanti verso condotte meno lesive dell’interesse pubblico e invece indurle ad astenersi da pratiche più pericolose per l’esclusione dei concorrenti. Nello specifico, le sanzioni attese dovranno essere più elevate laddove una determinata pratica porti ad una rapida e duratura esclusione dei concorrenti, e meno severe invece per quelle condotte che determinano un mix di effetti di freno sull’entrata ma anche di benefici in termini di efficienza.

Un dato interessante, in questa prospettiva, è che l’intervento antitrust dovrebbe sempre essere promosso, per quanto con maggiore o minore intensità e severità a seconda della gravità delle condotte, nei confronti di pratiche potenzialmente abusive, sanzionando le imprese nei casi in cui attraverso queste condotte i concorrenti vengano esclusi dal mercato. In altri termini, dall’analisi dell’*enforcement* ottimale delle norme antitrust in contesti nei quali nessuna attività innovativa risulta necessaria per il pieno dispiegamento delle strategie di mercato delle imprese, una politica di liceità per-se di determinate pratiche potenzialmente abusive non è giustificata: il *laissez-faire* propugnato dagli esponenti della Scuola di Chicago non risulta ottimale, a meno di escludere completamente la possibilità che una determinata pratica possa, in particolari contesti, portare all’esclusione dei concorrenti. Mentre un approccio basato su una attenta discriminazione tra pratiche che conducono ad un danno sociale e pratiche efficienti, quale quello implicito nelle nuove proposte emerse nel dibattito europeo, ricalca l’idea di un *enforcement* concentrato nel tentativo di frenare le condotte più pericolose, laddove esse manifestino effetti di esclusione.

Il quadro cambia quando si consideri il contesto più ricco nel quale le imprese sono impegnate su un doppio confronto competitivo, nella ricerca di soluzioni innovative e, in caso di successo, nella definizione delle strategie di mercato. In questo caso non è solamente l’impatto dell’intervento antitrust sulle pratiche adottate nel mercato, discusso più sopra, a contare nell’analisi degli effetti di deterrenza. Quando infatti le imprese sono impegnate nella ricerca di soluzioni innovative, non sono molto spesso in grado di prevedere quali potranno essere gli esiti del processo di ricerca, e come le politiche antitrust giudicheranno la commercializzazione dei nuovi prodotti innovativi. Se ad esempio una impresa è impegnata nel disegno di un nuovo sistema operativo che inglobi anche un software per al navigazione su internet, non è in grado inizialmente di sapere con certezza se esso, una volta introdotto, verrà considerato come uno strumento per l’esclusione dei concorrenti o invece come un prodotto che rende più facile l’accesso alla rete per gli utilizzatori. Non è in grado di sciogliere questa incertezza sia per l’elemento di imprevedibilità degli esiti che accompagna spesso le attività innovative, sia per il fatto che, indipendentemente dall’intento iniziale dell’impresa, le possibilità di escludere i concorrenti una volta introdotto il nuovo sistema operativo nel mercato dipenderanno dalle offerte di pacchetti concorrenti da parte delle altre imprese, e quindi dall’intrecciarsi di processi di innovazione di molti attori. In questa incertezza, quindi, le imprese metteranno in conto la possibilità che, nella fase di commercializzazione, le autorità di tutela della concorrenza possano intervenire in modo più o meno stringente. In altri termini, l’intensità e severità dell’intervento antitrust tenderà a influenzare non solo le scelte finali relative alle strategie di mercato, ma anche gli incentivi iniziali ad investire nell’attività innovativa, con il rischio di “*chilling competition on the merits*”.

In questi contesti Segal e Whinston (2007) hanno osservato come un una politica antitrust severa nel censurare gli abusi dell’impresa dominante e nel proteggere i concorrenti eserciti due effetti diversi: favorendo l’attività dei concorrenti nell’entrare nel mercato con i loro nuovi prodotti, l’intervento antitrust li spinge ad investire nella ricerca di soluzioni innovative. Al contempo, frenando i tentativi difensivi di quanti vantano, sulla base di precedenti successi innovativi, una posizione di (temporanea) dominanza, riducono il premio atteso dal successo nell’attività di ricerca. In altre parole, rendendo il mercato più permeabile all’entrata degli innovatori di oggi, un intervento antitrust severo riduce le rendite degli innovatori di ieri, un effetto che tuttavia riduce le rendite attese di quanti oggi si preparano a scalare le posizioni di testa nel mercato sapendo che analoga sorte toccherà a loro una volta insediati in una posizione di temporanea leadership. Alternativamente, una politica antitrust potrebbe scegliere una strada di debole protezione dei nuovi entranti e di sostegno della rendita dei leader di mercato, aumentando il premio e gli incentivi per chi vince la gara innovativa pur riducendo il numero di possibili partecipanti. Segal e Whinston nel loro lavoro identificane le condizioni alle quali il primo scenario assicura una dinamica innovativa più intensa, giustificando quindi anche da un punto di vista dinamico l’adozione di politiche antitrust severe nei confronti delle pratiche che possono escludere i concorrenti. Un risultato che quindi, ancora una volta, ci allontana dalle prescrizioni liberiste della Scuola di Chicago offrendo un supporto a regole di applicazioni capaci di discriminare i contesti in cui le pratiche unilaterali conducono all’esclusione dei concorrenti.

In Immordino, Pagano e Polo (2009) l’intreccio tra la deterrenza marginale, riferita alle pratiche di mercato adottate, e la deterrenza media, che si esercita scoraggiando l’attività innovativa viene analizzato considerando diverse forme di intervento: un approccio di liceità per-se, un approccio di valutazione ex-post delle pratiche adottate in base ai loro effetti, e un regime di autorizzazione ex-ante delle pratiche basato sullo scrutinio preventivo dei loro effetti. Un ruolo cruciale nel determinare quale regime sia ottimale è giocato dalla probabilità assegnata inizialmente al fatto che le nuove pratiche generino effetti negativi, e siano quindi considerate successivamente illecite, un dato che sintetizza la visione a priori, preanalitica e ideologica, che caratterizza l’autorità antitrust. Nel caso in cui l’autorità ritenga estremamente improbabile che l’attività innovativa conduca a pratiche socialmente dannose, l’approccio desiderabile è quello di liceità per-se (*laissez-faire*): rinunciando a perseguire le pratiche in quei (pochi) casi in cui si rivelerebbero ex-post socialmente dannose, l’autorità aumenta i profitti attesi dall’attività di ricerca e quindi gli incentivi all’investimento innovativo. In questo caso la deterrenza marginale viene sacrificata, rinunciando a perseguire ex-post le pratiche escludenti, al fine di incentivare l’innovazione. Al crescere della probabilità di pratiche innovative socialmente dannose la politica ottimale richiede l’adozione di un regime di applicazione ex-post delle norme con un intervento via via più stringente. Nel caso in cui le sanzioni non possano essere superiori ai profitti conseguiti, una condizione di responsabilità limitata delle imprese, il regime di applicazione ex-post delle norme viene sostituito, per elevate aspettative di pratiche socialmente nocive, dal regime di autorizzazione preventiva.

E’ quindi interessante notare come in questo contesto più ricco una politica liberista affine alla tradizione di Chicago risulti ottimale quando una pratica venga considerata nella maggior parte dei casi foriera di benefici, pur ammettendo che in alcune situazioni possa diventare strumento di esclusione. Il grado e la forma dell’intervento divengono poi via via più stringenti, con una valutazione ex-post associata a sanzioni crescenti che lascia a un certo punto il passo ad un regime di autorizzazione preventiva, man mano che le aspettative a priori (e quindi in qualche misura ideologiche) di effetti dannosi delle pratiche indagate aumentano. In Immordino e Polo (2010), inoltre, si dimostra come al crescere della dannosità attesa delle pratiche innovative il legal standard adottato attenui sempre più il proprio adattamento agli effetti delle pratiche, assomigliando in misura via via crescente ad un regime di illiceità per-se delle pratiche.

Questi lavori consentono quindi di collegare le diverse forme di intervento, valutate in relazione alla loro capacità di soddisfare gli obiettivi dell’intervento antitrust, alle aspettative sulla dannosità di determinate pratiche escludenti. Queste aspettative possono essere basate su una estesa analisi empirica degli effetti delle pratiche potenzialmente escludenti, che attestino con che frequenza una determinata condotta conduce alla *foreclosure* del mercato. Ma possono anche derivare da convincimenti e a-priori ideologici che caratterizzano una autorità. In questo senso le parole del nuovo Attorney General Christine Varney e il suo richiamo ad una visione più attenta ai pericoli delle pratiche unilaterali, in favore di un *enforcement* più stringente delle leggi antitrust appare un buon esempio di come con la nuova Amministrazione americana ad un cambio nelle impostazioni preanalitiche segua una modifica nelle linee di intervento antitrust.

**Bibliografia**

Areeda e Turner (1975), Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act, *Harvard Law Review*, 88: 697-733

Bork R., (1978) *The Antitrust Paradox: a Policy at War with Itself*, New York, The Free Press.

Departmet of Justice (2008), Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act.

Denozza F. e Toffoletto A., (2006) Contro l’utilizzazione dell’approccio economico nell’interpretazione del diritto antitrust, *Mercato Concorrenza Regole*, n.3: 563-80

Bolton, P., J. Brodley and M. Riordan, (2000), Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy, *Georgetown Law Review*, 88: 2239-2330.

Bolton, P,, and D. Scharfstein (1990), A Theory of Predation Based on Agency Problems in Financial Contracting, *American Economic Review*, 80: 93-106.

DG Competition (2005), Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses.

Easterbrook F., (1984) The Limits of Antitrust, *Texas Law Review*.

Einav L. e Levin J., (2010), Empirical Industrial Organization: a Progress Report, mimeo.

European Commission, (2008), *White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, Brussels, 2.4.2008, COM(2008)

Evans D. Padilla J., (2004) Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: a neoChicago Approach, CEPR wp n.4625

Fudemberg D. e J. Tirole, (1987) Understanding Rent Dissipation: On the Use of Game Theory in Industrial Organization, *American Economic Review, Papers and Proceedings*, 77: 176-83.

Fumagalli C., Padilla J. e Polo M. (2010), Damages for Exclusionary Practices: a Primer, in I.Kokkonis e F.Etro (eds.) *Competition Law and the Enforcement of Article 82*, Oxford UP, *in corso di pubblicazione.*

Gual J., M. Hellwig, A.Perrot, P.Rey, K.Schmidt, R.Stembacka (2005), An Economic Approach to Article 82, Report for the DG Competition, European Commission, pubblicato anche su *Competition Policy International*, 2005, 2: 111-156.

Immordino G., Pagano M. e Polo M. (2009): Incentive sto Innovate and Social Harm: Laissez-faire, Authorization of Penalties?, CSEF wp n. 220.

Immordino G. e Polo M. (2010), Judicial Errors, Legal Standards and Innovative Activity, mimeo.

Kovacic S. e Shapiro C., (2000) Antitrust Policy: a Century of Economic and Legal Thinking, *Journal of Economic Perspectives*.

Kreps D., and R. Wilson, (1982) Reputation and Imperfect Information, *Journal of Economic Theory,* 27: 253-79.

McGee J., (1958) Predatory Pice Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case, *Journal of Law and Economics*, 1: 137-69.

Milgrom P., and J. Roberts, (1982) Predation, Reputation and Entry Deterrence, *Journal of Economic Theory*, 27: 280-312.

Motta M., (2004) *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge UP

Motta M. e Polo M., (2005) *Antitrust, Economia e politica della concorrenza*, Bologna, Il Mulino.

Oxera, (2009), *Quantifying antitrust damage. Towards non-binding guidance for courts*, Report for the DG Competition.

Polo M., (2007) Price Squeeze: Lessons from the Telecom Italia Case (2007), *Journal of Competition Law and Economics*; 3: 453 – 470

Polo M. (2010), Anticompetitive vs Competitive Explanations of Unilateral Pratices: the Identification Problem, *Journal of Competition Law and Economics,*  6: 457-476.

Posner R., (1979), The Chicago School of Antitrust Analysis, *University of Pennsylvania Law Review*, 127: 925.

Rasmusen E.B., J.M. Ramseyer e Wiley J.S., (1991), Naked Exclusion, *American Economic Review*, 81: 1137-45.

Segal I. e Whinston M., (2000), Naked Esclusion: a Comment, *American Economic Review*, 90: 296-309.

Segal I. e Whinston M. (2007), Antitrust in Innovative Industries, *American Economic Review*, 97: 1703-30.

Whinston, M.D.,Tying, (1990), Foreclosure and Exclusion, *American Economic Review*, 80: 837-59.

1. Voglio ringraziare Chiara Fumagalli, Michele Grillo, Massimo Motta e Patrick Rey per le molte discussioni che mi hanno permesso di mettere a fuoco le idee sviluppate in questo scritto e per i commenti su questo lavoro. [↑](#footnote-ref-1)
2. Si veda in proposito il nuovo Regolamento 139/2004 in materia di controllo delle concentrazioni, Gazzetta Ufficiale l.24/2, 29.1.2004. [↑](#footnote-ref-2)
3. Si veda in proposito il Regolamento per l’applicazione degli articoli 81 e 82 del 26 novembre 2002, entrato in vigore il 1 maggio 2004 [↑](#footnote-ref-3)
4. Economic Advisory Group on Competition Policy (EAGCP). [↑](#footnote-ref-4)
5. Si veda Gual J. Et al (2005) e DG Competition (2005). [↑](#footnote-ref-5)
6. European Commission, (2008). [↑](#footnote-ref-6)
7. Oxera, (2009). [↑](#footnote-ref-7)
8. Si veda Department of Justice (2008). [↑](#footnote-ref-8)
9. Si veda in proposito Motta M. (2004) e Motta M. e Polo M. (2005). [↑](#footnote-ref-9)
10. Tra i contributi più significativi si vedano Bork (1978), Easterbrook (1984), Posner (1979). Una interessante ricostruzione è offerta in Kovacic e Shapiro (2000). [↑](#footnote-ref-10)
11. Si veda per una sintesi della odierna letteratura Einav L. e Levin J. (2010). [↑](#footnote-ref-11)
12. Una fattispecie simile ai prezzi predatori è quella di price squeeze, che si verifica quando l’incumbent è monopolista nella vendita di un input essenziale e partecipa al contempo nel mercato a valle in competizione con altre imprese. In questo caso l’impresa dominante ha due strumenti a disposizione per forzare il concorrente all’uscita, il prezzo di cessione dell’input e il prezzo finale del prodotto. Aumentando il primo e riducendo il secondo i margini del concorrente possono essere ridotti al di sotto dei costi che questi sopporta per lo svolgimento della fase finale di produzione e commercializzazione, generando perdite. Su questa fattispecie e i legami con il prezzo predatorio si veda Polo M. (2007). [↑](#footnote-ref-12)
13. Si veda ad esempio Fudemberg D. e J. Tirole (1987). [↑](#footnote-ref-13)
14. Per una discussione dei principali approcci e delle implicazioni per l’intervento antitrust in materia di prezzi predatori si veda Bolton, P., J. Brodley e M. Riordan, (2000).. [↑](#footnote-ref-14)
15. Si veda Kreps D., e R. Wilson (1982), e Milgrom P., e J. Roberts (1982). [↑](#footnote-ref-15)
16. Si veda Bolton, P e D. Scharfstein (1990). [↑](#footnote-ref-16)
17. Si veda Whinston, M.D. (1990). [↑](#footnote-ref-17)
18. Si veda Rasmusen E.B., J.M. Ramseyer e Wiley J.S. (1991), e Segal I. e Whinston M. (2000). [↑](#footnote-ref-18)
19. Si veda ad esempio Denozza F. e Toffoletto A. (2006). [↑](#footnote-ref-19)
20. Evans D. Padilla J. (2004). [↑](#footnote-ref-20)
21. Si veda Bolton, P., J. Brodley and M. Riordan, (2000). [↑](#footnote-ref-21)
22. Questo esempio riprende molti aspetti di un recente caso discusso dall’Autorità della concorrenza francese e che coinvolgeva Glaxo France e un piccolo concorrente produttore di farmaci generici, Flabelab. Si vedano i materiali discussi alla conferenza ACE, Tolosa 2007. [↑](#footnote-ref-22)
23. Si veda Polo M. (2010). Nel lavoro è analizzato un recente caso presso l’Autorità italiana applicando la metodologia di identificazione proposta alle risultanze presentate nella decisione. [↑](#footnote-ref-23)
24. . Areeda e Turner (1975). [↑](#footnote-ref-24)
25. Si veda Commissione Europea (2009). [↑](#footnote-ref-25)
26. Per una discussione dei problemi legati alla definizione dei danni per ratiche escludenti si veda Fumagalli C., Padilla J. e Polo M. (2010)*.* [↑](#footnote-ref-26)
27. Nel caso di entrata scoraggiata, ad esempio, occorre stabilire quale sarebbe stato l’assetto di mercato nel caso in cui il nuovo concorrente si fosse insediato sul mercato. Per questi e molti altri aspetti legati alla quantificazione dei danni si veda Fumagalli, Padilla e Polo (2010). [↑](#footnote-ref-27)