

Pietro Manzini

# Diritto antitrust dell'Unione europea



Giappichelli

## PREFAZIONE

Due sono ragioni per le quali, non senza qualche tentennamento, si è deciso di qualificare gli artt. 101 e 102 del TFUE<sup>1</sup> come ‘diritto antitrust’ piuttosto che ‘diritto della concorrenza’. La prima è che, nella pratica, il riferimento all’*antitrust* è diventato d’uso comune per distinguere le norme di concorrenza applicabili alle imprese, dalle norme di concorrenza rivolte agli Stati, ossia, per quanto riguarda il diritto dell’Unione, gli artt. 106 e 107 del TFUE. La seconda è che il termine ‘diritto antitrust’, ossia una normativa contro i *trust*, convoglia un’idea più completa e più esatta della natura di questa branca del diritto, che non è meramente economicistica, bensì anche costituzionale. Lo Sherman Antitrust Act del 1890<sup>2</sup>, che costituisce una tra le primissime legislazioni antimonopolistiche (e di gran lunga la più influente), fu elaborato dal Congresso statunitense, più che in considerazione del-

---

<sup>1</sup> Il Trattato che ha istituito la Comunità economica europea (CEE) conteneva tre norme rilevanti per i profili concorrenziali della condotta delle imprese. La prima era l’art. 3f), inserito nella parte relativa ai Principi, il quale stabiliva che l’azione della Comunità importava la creazione di un ‘regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune’. Le altre due norme, collocate nel capo dedicato alle ‘Regole di concorrenza’, erano gli artt. 85 e 86: il primo diretto a reprimere le intese restrittive della concorrenza, il secondo recante il divieto di abuso di posizione dominante. Le successive numerose modificazioni del Trattato CEE – trasfuso a Lisbona in parte nel Trattato sull’Unione europea (TUE) e in parte nel Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea (TFUE) – non hanno apportato modifiche significative a tali norme. La più importante è stata quella che ha interessato l’art. 3f), il quale è stato eliminato dal testo dei due Trattati principali, per essere inserito, con una formulazione lievemente modificata, nel Protocollo n. 27, nel quale gli Stati membri si danno atto che il mercato interno ai sensi dell’art. 3 del Trattato sull’Unione comprende un sistema (e non un regime come nella versione originale) che assicura che la concorrenza non sia falsata. Gli artt. 85 e 86 CEE – rinumerati dal Trattato di Amsterdam come artt. 81 e 82 CE – sono divenuti, senza sostanziali modificazioni, gli artt. 101 e 102 del TFUE. Le uniche modifiche che hanno interessato gli artt. 85 e 86 riguardano il loro adattamento alla dizione ‘mercato interno’ in luogo di quella originale che si riferiva a ‘mercato comune’.

<sup>2</sup> Lo Sherman Antitrust Act, adottato il 2 luglio 1890, 26 Stat. 209, 15 U.S.C., prende il nome dal suo primo proponente, il senatore John Sherman (1823-1900).

l'efficiente allocazione delle risorse produttive derivante da un mercato concorrenziale, per difendere l'integrità del processo democratico dalla minaccia portata dal potere economico privato delle grandi *corporation*, quali la Standard Oil e la J.P. Morgan<sup>3</sup>.

L'obiettivo del manuale è prevalentemente 'qualitativo' più che 'quantitativo', nel senso che si è cercato di concettualizzare e sintetizzare i principi della materia così come elaborati dalla Corte di giustizia (che comprende il Tribunale) piuttosto che esporre nel dettaglio ogni singolo tema<sup>4</sup>. Nel campo del diritto antitrust i giudici hanno giocato un ruolo forse ancora più significativo che in altri settori del diritto dell'Unione, avendo reso un'amplissima ed articolata giurisprudenza che ha determinato o condizionato anche gli atti di legislazione secondaria e di *soft law*. Il testo che qui si presenta è, dunque, in gran parte frutto di un lavoro di riordino e di razionalizzazione critica delle sentenze della Corte. Il che comporta dei difetti, ma anche dei vantaggi. Tra i primi, il rischio di presentare una disciplina in parte lacunosa, sulle questioni dove i giudici non si sono espressi, e in parte contraddittoria, sulle questioni dove essi si sono più volte espressi, cambiando opinione senza ammetterlo. Tra i secondi, l'opportunità di illustrare le soluzioni concrete dei problemi reali del mercato, collocate però in un quadro concettuale intelligibile. Se si sono ragionevolmente risolti i difetti ed adeguatamente approfittato dei vantaggi, starà al lettore giudicare.

La struttura del manuale è semplice.

Nel primo capitolo si presentano i profili generali del diritto antitrust, rimarcando le sue interrelazioni con la scienza economica, le sue origini storiche e il suo valore costituzionale; in collegamento con tali temi si identificano anche gli obiettivi di politica del diritto iscritti nelle norme antitrust dell'Unione. Successivamente la materia è divisa in due parti. Nel secondo, terzo e quarto capitolo si analizzano la giurisprudenza e la normativa relative all'art. 101, distinguendo tra i caratteri generali delle intese restrittive della concorrenza (capitolo II), le intese che contengono restrizioni orizzontali (capitolo III) e le intese che racchiudono restrizioni verti-

---

<sup>3</sup> V. sul punto G. Amato, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998.

<sup>4</sup> Esistono peraltro manuali di diritto della concorrenza eccellenti sotto entrambi i profili. In particolare si v. R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, 10<sup>th</sup> ed., Oxford, 2021; I. Van Bael, J.-F. Bellis, *Competition Law of the European Union*, 6<sup>th</sup> ed., Alphen aan den Rijn, 2021; nonché, in lingua italiana, v. P. Fattori, M. Todino, *La disciplina della concorrenza in Italia*, 3<sup>a</sup> ed., Bologna, 2019, M. Libertini, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014.

cali (capitolo VI). Nella seconda parte si esaminano invece la giurisprudenza e la normativa riguardanti l'art. 102, suddividendo la materia nei profili generali dello sfruttamento abusivo di posizione dominante (capitolo V), nonché negli abusi di sfruttamento (capitolo VI) e negli abusi di esclusione (capitolo VII).

Questo manuale è un testo di diritto. L'affermazione, volutamente surrealistica, è però necessaria perché il diritto antitrust è ormai da molto tempo il campo di elezione della c.d. *economic analysis of law*, ossia quell'approccio analitico che ricorre alla teoria economica per esaminare le istituzioni giuridiche. I risultati di questo approccio tuttavia non ci sembrano soddisfacenti. Spesso esiste un evidente iato tra quanto rappresentato o predetto dalla letteratura economica e quanto emerge dal funzionamento reale dei mercati, che evidentemente sono soggetti a variabili più numerose e più spurie di quelle calcolabili in 'laboratorio'<sup>5</sup>. Certo, oggi lo studio del diritto antitrust non può prescindere dall'analisi economica, ma questa va considerata solo come uno dei diversi aspetti di cui occorre tener conto nell'applicazione del diritto antitrust, accanto ai profili sociali, politici e storici del sistema nel quale tale diritto è destinato a operare.

Infine, sebbene questo manuale abbia ad oggetto il diritto antitrust dell'Unione, esso ha l'ambizione di essere utile anche al giurista che opera sul piano interno, posto che, per un verso, gli artt. 101 e 102 sono applicabili, oltre che dalla Commissione europea, anche dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) e dai giudici nazionali<sup>6</sup>, e per l'altro, la legge antitrust italiana prevede espressamente che la sua interpretazione vada effettuata sulla base dei principi dell'ordinamento europeo in materia di disciplina della concorrenza<sup>7</sup>.

I ricercatori dell'*Alma Mater* Nicola Bergamaschi, Federico Ferri, Miriana Lanotte, Enrico Tinti e Susanna Villani si sono incaricati di rivedere il testo in maniera critica ed approfondita contribuendo a migliorarlo sia sotto il profilo stilistico sia sotto quello contenutistico; di questo li ringrazio sinceramente. Ringrazio molto anche l'economista e collega Emanuele Bacchiega

---

<sup>5</sup> Più interessante ci pare il metodo *law and economics*, come delineato da uno dei suoi fondatori, v. G. Calabresi, *Il futuro del law and economics*, a cura di F. Fimmanò, V. Occorsio, *Presentazione* di E. Al Mureden, Milano, 2018.

<sup>6</sup> V. regolamento n. 1/2003, del 16 dicembre 2002, in *GUCE* del 4.1.2003, L1/1, in part. artt. 5 e 6.

<sup>7</sup> V. legge n. 287/1990, recante norme per la tutela della concorrenza e del mercato, *GU* 13 ottobre 1990, n. 240, art. 1, par. 4.

che ha riletto le parti dedicate all'analisi economica senza sorridere eccessivamente alle mie semplificazioni della stessa. Ovviamente di errori, omissioni e lacune rimango l'unico responsabile.

Bologna, 4 ottobre 2022

*Pietro Manzini*

## SISTEMA DI CITAZIONI

Come accennato alla nota n. 1 della Prefazione, dal punto di vista contenutistico gli attuali artt. 101 e 102 del TFUE non hanno subito modificazioni significative dal 1958 ad oggi; tuttavia essi erano numerati rispettivamente artt. 85 e 86 nell'originale versione del Trattato CEE e artt. 81 e 82 a seguito delle modifiche apportate dal Trattato di Amsterdam. Tali circostanze comportano che la giurisprudenza della Corte, a seconda della versione del Trattato in vigore, pur applicando sempre le stesse norme, faccia riferimento a diverse numerazioni. In questo lavoro si utilizza la numerazione in vigore (ossia quella stabilita dal Trattato di Lisbona), ma si sono lasciati i riferimenti a quelle precedenti laddove l'atto normativo o la sentenza li utilizzava.

Per le citazioni della giurisprudenza, che gioca una parte fondamentale ed estesa nel manuale, si è privilegiato un sistema agile di riferimenti. Gli 'estremi' delle sentenze sono richiamati in modo completo solo in occasione della prima citazione per ciascun capitolo, ma poi unicamente con il nome della parte che le individua (ad esempio, 'sentenza *United Brands*, cit.'). A partire dal 2012 la Corte, su invito del Consiglio, ha adottato un identificatore europeo della giurisprudenza', noto come ECLI (*European Case Law Identifier*) che sostituisce il tradizionale riferimento alla Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia cartacea (abbreviata con il termine 'Racc.'). Nella pratica nessuno, salvo forse coloro che hanno grande dimestichezza con gli *interna corporis* della Corte, sa come si utilizza il riferimento ECLI, e tutti leggono le sentenze semplicemente utilizzando il numero di causa nell'apposito spazio del sito 'curia.eu': tramite tale numero si giunge anche alla ufficiale Raccolta digitale della giurisprudenza. Tuttavia in ossequio ai desiderata della Corte, nelle citazioni delle sentenze si è aggiunto il riferimento al codice ECLI, salvo che per quelle precedenti al 2011, per le quali si è romanticamente mantenuto il riferimento alla indimenticata 'Racc.'

Per chi non frequenta ossessivamente il sito della Curia è utile ricordare che se il numero di causa è preceduto da una C (ad esempio, C-41/90) si tratta di una sentenza della Corte, se è preceduto da una T (ad esempio T-25/95) riguarda una sentenza del Tribunale. Se la lettera che precede il numero di causa è una c. (minuscola puntata), si tratta di una sentenza resa dalla Corte prima dell'entrata in funzione del Tribunale (1989). Una 'c.r.' vuole dire 'cause riunite', mentre 'pt.' si riferisce al punto della sentenza ('ptt.' a più punti della sentenza).

Il sistema di citazioni dovrebbe anche convogliare alcune informazioni relative alla procedura soggiacente alla sentenza. Quando tra le parti della causa figura la Commissione (ad esempio 'sentenza del 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche/Commissione' ...) la pronuncia della Corte deriva da un ricorso diretto *ex art. 263* del TFUE; quando invece figura solo una parte (ad esempio, 'sentenza del 12 settembre 2000, Pavlov' ...), la sentenza deriva da un rinvio pregiudiziale *ex art. 267* del TFUE.

Infine, va precisato che laddove figura un brano virgolettato, seguito da un riferimento di nota a piè di pagina, si è operato una citazione letterale della sentenza; laddove invece vi è solo un riferimento di nota a piè di pagina, il riferimento alla sentenza non è letterale, bensì adattato per esigenze di chiarezza e di sintesi.

Trattandosi di un manuale i richiami della dottrina sono ridotti al minimo, e sono limitati a saggi ritenuti molto significativi per la materia trattata, senza però alcuna pretesa di esaustività.

'Sweet home, Chicago', titolo del primo paragrafo del capitolo I, è una canzone blues, di autore sconosciuto, registrata per la prima volta da Robert Johnson nel 1936.

'Children of a lesser god', titolo del primo paragrafo del capitolo VI, è un film del 1986 diretto da Randa Haines basato su un'omonima opera teatrale del 1980 di Mark Medoff, il cui titolo è, a sua volta, ispirato ad un verso di *Idylls of the King* (1885), di Lord Alfred Tennyson.

CAPITOLO I

ANTITRUST:  
DIRITTO, ECONOMIA E DEMOCRAZIA

SOMMARIO: 1. *Sweet home, Chicago*. – 2. Concorrenza e monopolio nella prospettiva economica. – 3. L'efficienza economica quale obiettivo esclusivo del diritto antitrust. – 4. Chicago e l'economia comportamentale. – 5. La *rule of reason*: Chicago nel 'mare del dubbio'. – 6. Diritto antitrust, potere economico e democrazia. – 7. Gli obiettivi del diritto antitrust dell'Unione europea.

## 1. Sweet home, Chicago

‘Chicago’ è il termine più usato nell’antitrust. Con esso ci si riferisce ad una scuola di pensiero composta da un gruppo di studiosi formati presso l’Università di Chicago<sup>1</sup> che, a partire dagli anni Sessanta, ha radicalmente

---

<sup>1</sup>Tra i membri più noti e influenti della Scuola di Chicago figurano: R. Posner, *Antitrust Law, An economic Perspective*, Chicago-London, 1976, p. 262, e R. Bork, *The Antitrust Paradox, A Policy at War with Itself*, New York, 1978, p. 462. Il primo è professore emerito della University of Chicago Law School, ed è stato giudice federale presso la Corte d’Appello degli Stati Uniti per il Settimo Circuito dal 1981 al 2017. Il secondo (1° marzo 1927-19 dicembre 2012) è stato docente alla Yale Law School, ha servito come Solicitor General degli Stati Uniti dal 1973 al 1977 e come giudice presso la Court of Appeals for the D.C. Circuit dal 1982 al 1988. Nel 1987, il presidente Ronald Reagan lo nominò alla Corte suprema, ma il Senato respinse la sua nomina a causa delle sue idee conservatrici in materia di diritti civili. Inoltre possono annoverarsi nei ranghi della Scuola i premi Nobel per le scienze economiche, Gary S. Becker, Ronald Coase, Milton Friedman, Merton H. Miller, e George J. Stigler. Nell’ambito di una letteratura letteralmente sterminata sulla scuola di Chicago v., in particolare, R. Posner, *The Chicago School of antitrust analysis*, in 127 *Un. Pa Law Rev.*, 1979, p. 925 ss., H. Hovenkamp, *Antitrust policy after Chicago*, in 84 *Mich. L. Rev.*, 1985, p. 213 ss.; nonché i saggi raccolti in R. Pitofosky (Ed.), *How the Chicago School overshot the mark*, Oxford, 2008, p. 291, nonché, più di recente, H. Hovenkamp, F. Scott Morton, *Framing the Chicago School of antitrust analysis*, in 168 *Un. Pa Law Rev.*, 2020, p. 1843 ss.

ripensato i presupposti, gli obiettivi e la metodologia di analisi delle norme antimonopolistiche di tutte le democrazie occidentali. La Scuola di Chicago non si è sviluppata sulla base di una generale teoria di partenza, quanto piuttosto come un insieme di risposte fornite da diversi studiosi a specifici problemi posti dalla pratica applicazione del diritto. Solo retrospettivamente è apparso chiaro che queste risposte costituivano i frutti di una comune idea sulla *ratio* e sulla portata del diritto antitrust<sup>2</sup>. Avendo queste radici, l'approccio di Chicago non è descrivibile in modo pienamente organico. Tuttavia, si può affermare che esso si basa su due assunti principali: primo, l'interpretazione delle norme antitrust va effettuata attraverso le lenti dell'analisi economica e, secondo (ed in conseguenza), l'unico scopo di tale diritto consiste nel perseguimento dell'efficienza economica del mercato, efficienza funzionale alla massimizzazione del benessere aggregato della società (o anche '*total welfare*').

I tecnicismi di questi assunti saranno illustrati più in dettaglio nei paragrafi che seguono, per ora preme sottolineare che il metodo dell'analisi economica inaugurato dalla Scuola di Chicago presenta taluni profili positivi, ma anche numerosi aspetti problematici.

Tra i primi va annoverato un incremento del rigore dell'analisi degli effetti delle pratiche commerciali, che in molti casi ha posto in luce incongruenze ed opacità delle regole a cui queste venivano tradizionalmente sottoposte. Un esempio può essere quello del divieto delle vendite collegate da parte di un'impresa monopolistica. Tale divieto era usualmente basato sull'idea che se un'impresa possiede il monopolio su un mercato di un prodotto A (in ipotesi, quello dei computer) e subordina la vendita dello stesso all'acquisto di un prodotto complementare B (quale lo schermo per computer) nel cui mercato deve invece competere, essa riesce a moltiplicare i suoi profitti 'facendo leva' sul monopolio del mercato di A per monopolizzare anche il mercato di B. I *Chicagoan* fecero notare che se un cliente può spendere una certa cifra per la coppia di prodotti A + B, ad un eventuale aumento del prezzo di B derivante dalla monopolizzazione del suo mercato, deve necessariamente corrispondere un'analoga riduzione del prezzo di A, altrimenti il cliente in questione non acquista né A né B. Dunque la 'teoria della leva' (*leverage theory*) non dimostrava affatto che i profitti possano essere moltiplicati mediante le vendite collegate<sup>3</sup>. Più in generale, l'analisi economica del diritto consente una radiografia della 'ossatura concettuale' delle regole spesso molto chiara e

---

<sup>2</sup> V. in tal senso, R. Posner, *The Chicago School*, cit.

<sup>3</sup> Su questa pratica v. più estesamente, capitolo VII, par. 5.

penetrante e quindi assai utile per una riflessione critica sulle stesse.

Tuttavia, come accennato, l'utilizzo della strumentazione economica per analizzare il diritto antitrust presenta anche profili problematici.

Anzitutto, l'approccio di Chicago nega implicitamente la validità del metodo dell'interpretazione giuridica che, seppure con sfumature diverse a seconda dei diversi ordinamenti, non può prescindere dal dato normativo, considerato nel suo contesto. I *Chicagoan* infatti postulano che il diritto antitrust debba promuovere unicamente l'efficienza economica o il *total welfare* della società, senza troppo curarsi del contenuto effettivo delle norme con le quali tale diritto è stabilito<sup>4</sup>. Sennonché il diritto antitrust, come ogni altra branca del diritto, non può tollerare questa eterogeneità dei fini. Ciascuna normativa vive nell'ordinamento giuridico di appartenenza, si applica alla luce degli obiettivi che tale ordinamento le ha assegnato e che sono individuati attraverso le regole di interpretazione giuridica proprie di quell'ordinamento<sup>5</sup>. Non si vuole naturalmente negare la legittimità di una posizione scientifica in base alla quale il diritto antitrust *dovrebbe* promuovere unicamente l'efficienza economica, ma si contesta fermamente la pretesa di affermare pregiudizialmente che una reale normativa antitrust persegua tale obiettivo. La scienza giuridica non ammette metodi 'dogmatici' o fini 'trascendenti'.

In secondo luogo, l'assunto che il diritto antitrust deve promuovere l'efficienza presenta anche un problema di democrazia e di *accountability*. Per quale ragione una branca di un diritto dovrebbe perseguire un obiettivo arbitrariamente stabilito da una disciplina scientifica – *rectius*: da alcuni influenti economisti – piuttosto che dal legislatore e dai giudici? Si tratta di una posizione indifendibile in qualsiasi ordinamento che rispetti lo Stato di diritto e i principi della democrazia.

Infine, occorre osservare che, sul piano dei contenuti, l'obiettivo dell'efficienza economica e della promozione del *total welfare* è meno incontrovertibile di quello che appare a prima vista. Naturalmente nessuno obietta ad un aumento della ricchezza complessiva della società ma, secondo un celebre *caveat* della dottrina economica, nel calcolo algebrico del benessere compless-

---

<sup>4</sup> Sostiene Posner: '*the proper purpose of the antitrust laws is to promote competition, as that term is understood in economics*', *Antitrust Law*, (1<sup>st</sup> ed. 1976) cit., p. IX. Ma si veda anche, con il medesimo approccio e molto più di recente, M. Motta, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge, 2004.

<sup>5</sup> Peraltro l'approccio di Chicago sembra altresì postulare che le regole antitrust beneficino di una sorta di extraterritorialità rispetto ai sistemi giuridici, statali o sovra-statali, nei quali esse sono inserite. In nessun altro modo si spiega la pretesa di un gruppo di studiosi di stabilire il metodo con cui queste regole si interpretano e le finalità delle stesse.

sivo la distribuzione dello stesso non rileva. Ad esempio, se a seguito di una pratica commerciale le imprese coinvolte aumentano la loro ricchezza di 100, e i loro clienti subiscono una perdita di 90, la pratica dovrebbe essere lecita per il diritto antitrust *Chicago style*, perché la ricchezza complessiva della società è incrementata per un valore pari a 10. Per il vero, la dottrina economica non nega rilevanza al problema della distribuzione della ricchezza, ma è sostanzialmente concorde nel ritenere che tale problema non sia pertinente per l'applicazione del diritto antitrust.

Alla luce delle osservazioni svolte, la metodologia di analisi seguita in questo manuale si basa su due capisaldi. La strumentazione economica (oggi comunque imprescindibile) sarà utilizzata per ottenere una prospettiva analitica del diritto, ma mai quale unico profilo interpretativo e soprattutto mai in senso prescrittivo, vale a dire che non si ammette che essa possa stabilire il senso e la portata delle norme<sup>6</sup>. Viceversa, l'analisi sarà condotta facendo puntuale riferimento: i) all'effettivo contenuto degli artt. 101<sup>7</sup> e

---

<sup>6</sup>In questo senso sono pienamente condivisibili le considerazioni espresse già molto tempo fa, dal giudice statunitense Breyer secondo le quali *'[w]hile technical economic discussion helps to inform the antitrust laws, those laws cannot precisely replicate the economists (sometimes conflicting) views. Unlike economics, law is an administrative system the effects of which depend upon the content of rules and precedents only as they are applied by judges and juries in courts and by lawyers advising their clients'*, v. U.S. Court of Appeals for the First Circuit – 724 F.2d 227 (1<sup>st</sup> Cir. 1983), *Barry Wright Corporation, v. Itt Grinnell Corporation, et al.*

<sup>7</sup>L'art. 101 comprende tre disposizioni. Il primo paragrafo dichiara 'incompatibili con il mercato interno e vietate' tutti gli 'accordi' e 'pratiche concordate' tra imprese, nonché tutte le 'decisioni di associazioni di imprese' che abbiano 'per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza' all'interno del mercato europeo e che possano 'pregiudicare il commercio tra Stati membri'. Tale divieto è completato da una elenco – non esaustivo – di pratiche certamente anticoncorrenziali, tra le quali figurano la fissazione dei prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; la limitazione o il controllo della produzione, degli sbocchi o dello sviluppo tecnico o degli investimenti; la ripartizione dei mercati o delle fonti di approvvigionamento; l'applicazione nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, tali da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza; la subordinazione della conclusione di contratti all'accettazione di prestazioni supplementari che non abbiano alcun nesso con l'oggetto di questi ultimi. Il secondo paragrafo dell'art. 101 dispone la nullità 'di pieno diritto' delle intese e delle decisioni vietate dalla norma. Il terzo paragrafo, infine, prevede che le intese e le decisioni restrittive della concorrenza possano sfuggire al divieto previsto dal primo paragrafo se soddisfano cumulativamente quattro condizioni: i) contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, ii) riservino agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, iii) non impongano alle imprese interessate restrizioni non indispensabili per raggiungere tali obiettivi e iv) evitino di dare alle imprese coinvolte la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

102<sup>8</sup> del TFUE, che costituiscono il diritto antitrust dell'Unione di livello costituzionale, ii) agli atti normativi, anche di *soft law*, che declinano tale diritto<sup>9</sup>, e soprattutto iii) alla giurisprudenza della Corte di giustizia (che comprende il Tribunale), la quale rappresenta l'interprete ultimo di tutto il diritto dell'Unione europea<sup>10</sup>. Questo non implica l'accoglimento acritico delle posizioni assunte dalle istituzioni europee, ma significa tenere ben presente ciò che il diritto antitrust dell'Unione è *effettivamente* e non quello che qualcuno, armato di un grafico e di qualche funzione, *vorrebbe che fosse*.

---

<sup>8</sup>L'art. 102 è costituito da un'unica disposizione. Esso dichiara 'incompatibile con il mercato interno e vietato' – nella misura in cui risulti pregiudizievole del commercio tra Stati membri – lo 'sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante nel mercato europeo o in una parte sostanziale di questo'. In analogia al par. 1 dell'art. 101, anche l'art. 102 contiene un elenco, anch'esso non esaustivo, di pratiche abusive, vale a dire: l'imposizione di prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; la limitazione della produzione, degli sbocchi o dello sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; l'applicazione nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, tale da determinare per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; la subordinazione della conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che non hanno alcun nesso con l'oggetto dei contratti medesimi.

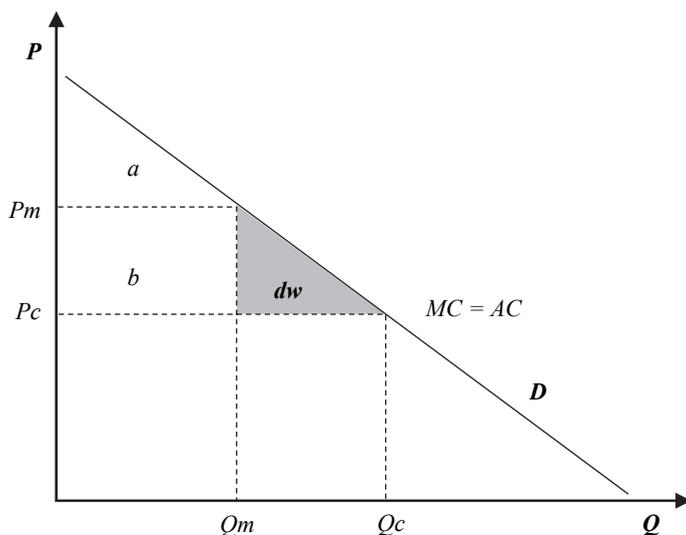
<sup>9</sup>Limitandosi agli atti normativi di livello secondario, il diritto antitrust dell'Unione è composto da: il regolamento n. 19/65, del marzo 1965, in *GUCE* del 6.3.1965, p. 533, che consente alla Commissione di esentare dal divieto dell'attuale art. 101, intere categorie di accordi verticali; il regolamento n. 2821/71 del 20 dicembre 1971, *GUCE* del 29.12.1971, L 285/46 che consente alla Commissione di esentare dal divieto dell'attuale art. 101, intere categorie di accordi orizzontali; il regolamento n. 1/2003, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato, *GUCE*, del 4.1.2003, L1/1; il regolamento n. 139/2004, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese ("Regolamento comunitario sulle concentrazioni"), *GUCE*, del 29.1.2004, L 24/1; la direttiva n. 2014/104, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, *GUUE* del 5.12.2014, L 349/1 (recepita in Italia con d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, *GU* del 19.1.2017, n. 15); d) la direttiva 2019/1, del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno *GUUE* del 14.1.2019, L 11/3 (recepita in Italia con d.lgs. 8 novembre 2021 n. 185, in *GU* del 29.11.2021, n. 284, S.O. n. 40).

<sup>10</sup>V. art. 19 del TUE. Anche il metodo di interpretazione del diritto dell'Unione europea è stabilito dalla Corte di giustizia, che a tal fine ha osservato che 'occorre tenere conto non soltanto della formulazione di quest'ultima e degli obiettivi da essa perseguiti, ma anche del suo contesto e dell'insieme delle disposizioni del diritto dell'Unione. Anche la genesi di una disposizione del diritto dell'Unione può fornire elementi pertinenti per la sua interpretazione', v., *ex multis*, sentenza del 10 dicembre 2018, Wightman, C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999, pt. 47 e giurisprudenza ivi richiamata.

## 2. Concorrenza e monopolio nella prospettiva economica

L'analisi economica del diritto antitrust parte dal presupposto che il prezzo di qualsiasi bene o servizio è determinato dalla relazione tra la sua offerta e la sua domanda. Così, ponendo la quantità  $Q$  di un determinato bene o servizio sull'asse delle ascisse e il suo prezzo  $P$  su quello delle ordinate, la domanda di tale bene o servizio è individuato dalla curva  $D$  che, ordinariamente, ha un andamento discendente da sinistra verso destra, come nella Figura 1-I.

Figura 1-I.



Se sul mercato prevale la concorrenza tra le imprese, il prezzo di vendita del bene o del servizio,  $P_c$  (prezzo di concorrenza), tende a scendere sino al livello del suo costo medio di produzione  $AC$  (*average cost*), postulato identico per tutte le imprese; costo medio che, in queste circostanze, è anche pari al costo marginale  $MC$  (*marginal cost*), ossia il costo dell'ultima unità prodotta. La ragione del fatto che  $P_c = AC (= MC)$  è intuitiva: per attirare acquirenti le imprese ingaggiano una gara al ribasso del prezzo che si arresta soltanto quando quest'ultimo è pari al costo di produzione, al di sotto del quale non avrebbe senso per le imprese rimanere nel mercato. Al prezzo  $P_c$  la quantità assorbita dal mercato è pari alla quantità  $Q_c$ . Nessuna impresa può chiedere un prezzo più elevato di  $P_c$ ; quella che lo facesse non vende-

rebbe più nulla perché gli acquirenti sposterebbero immediatamente le loro preferenze di spesa sui beni o servizi offerti dalle concorrenti. Il prezzo è ‘fatto’ dal mercato – ossia è impersonalmente determinato dalla dinamica di quest’ultimo – e le imprese sono costrette ad accettarlo come un dato esogeno, vale a dire sono ‘*price taker*’.

All’opposto, nel caso in cui sul mercato si instauri un regime di monopolio, l’unica impresa su di esso operante è ‘*price maker*’, ossia può ‘fare’ il prezzo ai cui vendere il bene o il servizio, senza temere che l’incremento dello stesso comporti un azzeramento delle vendite. Questa capacità di stabilire un prezzo al di sopra di quello che prevarrebbe in regime di concorrenza è definita ‘potere di mercato’. Il monopolista lo possiede al massimo grado, ma gradi inferiori dello stesso sono possibili, ed anzi normali nei mercati reali, anche per imprese non monopolistiche, a seconda delle diverse circostanze dei mercati ove esse operano. Peraltro, nemmeno il monopolista ha discrezionalità assoluta sul prezzo. Esso è soggetto all’andamento della domanda (curva  $D$  nella Figura 1-I), vale a dire che quanto maggiore sarà il prezzo a cui offre il bene o il servizio, tanto minore sarà la quantità che riesce a vendere, e viceversa. In concreto, il monopolista, ricercando la massimizzazione del profitto, fisserà il prezzo al livello in cui il suo ricavo marginale – ossia quello derivante dell’ultima unità venduta – eguaglia il costo marginale di produzione. Come emerge dalla Figura 1-I, dato che la massimizzazione del profitto del monopolista avviene sempre ad un prezzo  $P_m$  superiore al prezzo che prevarrebbe in regime di concorrenza  $P_c$ , per definizione la quantità venduta in regime di monopolio  $Q_m$  è inferiore alla quantità venduta in concorrenza  $Q_c$ . In sostanza: dato che  $P_m > P_c$ , allora  $Q_m < Q_c$ .

Dalla Figura 1-I è possibile anche visualizzare le modifiche del benessere dei consumatori derivanti dalla trasformazione di un mercato concorrenziale in un mercato monopolizzato. Il grafico mostra che in una situazione di concorrenza, quasi tutti gli acquirenti<sup>11</sup> pagano il bene un prezzo inferiore a quello che sarebbero disposti a pagare. Infatti salendo verso sinistra sull’ipotenusa del triangolo formato dalle aree  $a + b + d-w$  si trovano – metaforicamente – coloro che acquisterebbero il bene a cifre via via sempre più alte<sup>12</sup>,

<sup>11</sup> Vanno esclusi i c.d. acquirenti marginali, ossia coloro che valutano il bene esattamente il prezzo a cui viene venduto sul mercato.

<sup>12</sup> Se, per un qualunque punto della curva della domanda superiore a  $P_c$ , si traccia una linea perpendicolare all’asse delle ordinate, si trovano di diversi livelli di prezzo che ciascun

cifre che non pagano perché in concreto, il prezzo è pari a  $P_c$ . La differenza tra prezzo che sarebbero disposti a pagare, il c.d. *reservation price*, e il prezzo che effettivamente pagano rappresenta un surplus di ricchezza (spendibile in altri impieghi) derivante dal fatto che il mercato opera in regime di concorrenza: se un consumatore è disposto a pagare 10 € per il bene X, e il prezzo di mercato dello stesso è pari a 6 €, il 'risparmio' di 4 € rappresenta il suo surplus individuale di ricchezza. La somma dei surplus individuali di tutti gli acquirenti del bene costituisce il c.d. *consumer surplus* o *consumer welfare*, graficamente rappresentato dall'area del triangolo composto da  $a + b + d-w$ .

Se sul mercato si instaura un regime di monopolio, l'effetto è duplice: l'uno re-distributivo delle risorse economiche e l'altro dis-allocativo delle stesse. Quello redistributivo è raffigurato dal rettangolo  $b$ : si tratta di un'area di '*welfare*' che passa dalle mani degli acquirenti a quella dei venditori. Significativamente la differenza tra  $P_m$  e  $P_c$ , che costituisce l'altezza del rettangolo, misura l'extra profitto per ogni unità venduta derivante dal monopolio. L'effetto dis-allocativo delle risorse è invece raffigurato dall'area del triangolo  $d-w$  – il c.d. '*dead-weight loss triangle*' – che rappresenta una porzione di *welfare*, – vale a dire di utilità espressa in termini monetari – persa dagli acquirenti e non riguadagnata dai venditori. Questo effetto dis-allocativo, che nel quadro dell'impianto analitico descritto costituisce il 'costo sociale' (*social cost*) del monopolio, può essere meglio colto con un esempio. Si ipotizzi che il mercato dei computer portatili venga monopolizzato e che di conseguenza il loro prezzo passi da 1.000 € a 1.300 €. Il segmento della domanda che aveva una disponibilità di spesa tra i 1.000 € e 1.299 €, dovrà accontentarsi dell'acquisto di un computer fisso, venduto, in ipotesi, ad un prezzo inferiore; oppure dovrà rinunciare del tutto all'acquisto, se il bene sostitutivo non soddisfa le sue esigenze. A questa perdita di ricchezza da parte di una porzione della domanda, non corrisponde nessun guadagno dei venditori di computer portatili, dato che, eventualmente, gli acquirenti si rivolgono al mercato dei computer fissi. L'aumento di produzione di questi ultimi determina un impiego di risorse produttive – lavoro, energia, componenti primari, ecc. – non ottimale, come dimostra il fatto che, in assenza di monopolizzazione del mercato dei portatili, non vi sarebbe domanda di quelli fissi.

---

acquirente sarebbe disposto a pagare per il bene o servizio, ossia come ricordato nel testo, il *reservation price*.

### 3. L'efficienza economica quale obiettivo esclusivo del diritto antitrust

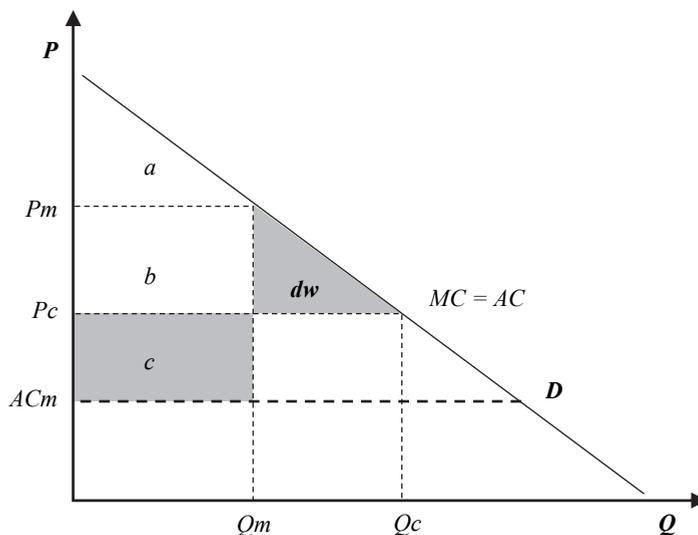
Per i *Chicagoan* e i loro numerosi attuali seguaci, lo scopo esclusivo del diritto antitrust consiste nella massimizzazione dell'efficienza economica della società, cioè la costante ricerca di incremento di ricchezza di quest'ultima (*total welfare*). L'unica ragione per la quale tale diritto deve opporsi alle pratiche che limitano la concorrenza tra le imprese e conferiscono a queste ultime un potere di mercato di natura monopolistica risiede nel fatto che il monopolio, alla luce dell'analisi sopra condotta, produce un costo sociale, ossia una perdita di ricchezza della società (triangolo  $d-w$ ). Non è invece rilevante la redistribuzione della ricchezza derivante dalla monopolizzazione. Infatti, un mero trasferimento di *welfare* dagli acquirenti ai venditori (rettangolo  $b$ ) è neutro ai fini del calcolo della stessa.

Le conseguenze più complessive di questa linea interpretativa si colgono se si inserisce nel quadro analitico il fattore costituito dall'eventuale venire in essere, a seguito della monopolizzazione del mercato, di una qualche forma di efficienza produttiva a favore delle imprese, ossia di un miglioramento del rapporto tra *input* ed *output*, conseguente, ad esempio, al raggiungimento di economie di scala o di scopo, o all'innovazione tecnologica, al miglioramento organizzativo dell'impresa o semplicemente all'acume commerciale dei suoi amministratori.

In questa prospettiva, mantenendo fermi i dati sopra esaminati, nella Figura 2-I si è ipotizzato che un'ulteriore conseguenza del monopolio sia rappresentata dalla riduzione dei costi medi di produzione (ad esempio, in virtù dell'aumento della scala della produzione), i quali passano da  $AC$  ad  $ACm$ .

Dato che i costi  $ACm$  sono minori dei costi  $AC$ , l'area del rettangolo  $c$  rappresenta un incremento di ricchezza della società sotto forma di migliore o minore utilizzo dei fattori produttivi, quali energia, materie prime, costo del lavoro, ecc. Nell'ipotesi descritta nella Figura 2-I, in conseguenza della monopolizzazione del mercato, il prezzo di ciascuna unità di bene sale da  $Pc$  a  $Pm$ , ma per la produzione dello stesso il costo unitario scende da  $AC$  a  $ACm$ . Se, osservano i *Chicagoan*, l'area di riduzione dei costi produttivi – rappresentata dal rettangolo  $c$  – è superiore a quella del costo sociale del monopolio – raffigurata dal triangolo  $d-w$  – occorre ritenere che il monopolio è vantaggioso per la società perché, nel complesso, ne aumenta la ricchezza. Naturalmente il monopolio produce anche il descritto effetto redistributivo di parte del *consumer welfare*: l'area del rettangolo  $b$  passa dagli acquirenti ai venditori. Ma, come detto, 'a Chicago', tale effetto non rientra nella valutazione antitrust.

Figura 2-I.



In termini paretiani<sup>13</sup> l'approccio descritto è qualificabile come potenzialmente 'Pareto superiore'<sup>14</sup>, perché chi si arricchisce potrebbe compensare completamente le perdite di chi si impoverisce e avanzare qualcosa. Ad esempio se da una pratica commerciale le imprese ottengono ipoteticamente 2000 € (cifra rappresentata nella Figura 2-I dalla somma delle aree  $b + c$ ) e i clienti delle stesse perdono, sempre ipoteticamente, 1.800 € (cifra rappresentata alla somma delle aree  $b + d-w$ ), essa dovrebbe essere ritenuta lecita per-

<sup>13</sup> Un mercato perfettamente concorrenziale come quello rappresentato nella Figura 1-I, dove  $P_c = MC$ , rappresenta un 'ottimo paretiano', perché l'acquisizione di un qualche potere di mercato da parte di una o più imprese, migliorerebbe la posizione di tali imprese (miglioramento rappresentato, a seconda del grado di potere di mercato, da una parte o dall'intera area  $b$ ), ma – come visto – peggiorerebbe la posizione dei consumatori (che perdono parzialmente o totalmente l'area  $b$ , nonché parzialmente o totalmente l'area  $d-w$ ). Ovviamente, non di rado, l'allocazione primaria delle risorse non è ottima nel senso descritto e pertanto qualsiasi modifica della stessa che migliori la ricchezza di almeno una persona senza peggiorare quella di qualcun altro è definita come 'Pareto superiore'. È invece solo 'potenzialmente Pareto superiore' una modifica dell'allocazione delle risorse a seguito della quale vi è chi si arricchisce ma anche chi si impoverisce, ma l'entità del guadagno è superiore all'entità della perdita, tale per cui – potenzialmente – chi guadagna potrebbe compensare completamente chi perde.

<sup>14</sup> Su questa, ormai celeberrima, nozione sia consentito rimandare semplicemente a V. Pareto, *Cours d'Économie Politique*, Losanna, 1896.

ché, potenzialmente, le imprese sarebbero in grado di compensare tutte le perdite subite dai clienti, e comunque risultare arricchite (per un valore pari a 200 €). Se questa compensazione avviene o meno nel mondo reale, non è decisivo.

Il pensiero di Chicago deve la sua straordinaria fortuna nel campo del diritto antitrust a numerose ragioni. Certamente al fascino intellettuale dell'analisi economica che ha innervato il diritto con l'esattezza delle *hard science*. Inoltre, alla semplicità ed eleganza della 'teoria del monopolio' sopra schematicamente riassunta, che indubbiamente coglie le macro dinamiche della domanda e dell'offerta. Ma un ruolo non secondario ha giocato anche la capacità dei *Chicagoan* di minimizzare o nascondere i profili problematici del loro approccio analitico, il più evidente dei quali è l'asserita irrilevanza degli effetti redistributivi scaturenti da una pratica monopolistica, ritenuta ammissibile in ragione del suo bilancio positivo dal punto di vista dell'efficienza economica.

Di fronte alle obiezioni in base alle quali non appare equo ignorare gli effetti redistributivi di una pratica imprenditoriale un argomento classicamente speso è quello di evocare le virtù auto-riformatrici del mercato, già sottolineate da Adam Smith<sup>15</sup>. Si ammette che la ricerca dell'efficienza può avere delle conseguenze redistributive disturbanti in termini di equità sociale, ma si sostiene che, in ogni caso, la naturale dinamica del mercato, dopo un certo periodo di tempo, tende a disgregare il monopolio perché gli extra-profitti da esso generati attraggono altre imprese e dunque la concorrenza si rimette in moto da sé. Questa spiegazione è non di rado ulteriormente nobilitata facendo riferimento al processo di 'distruzione creatrice' postulato da Joseph Schumpeter<sup>16</sup>, in virtù del quale, in sostanza, i monopoli e le altre forme di potere di mercato vengono inesorabilmente eliminati dalla concorrenza di imprese che offrono prodotti o servizi nuovi e la loro scomparsa rimuove anche gli eventuali effetti indesiderati del monopolio. Questi argomenti, sebbene non trascurabili, hanno però il difetto di non specificare mai il lasso tempo necessario affinché il mercato ripristini da solo la concorrenza. Al riguardo non è marginale il tipo di barriere all'entrata (*barriers to entry*), ossia di costi in termini di investimento e/o disinvestimento che i concorrenti del monopolista dovrebbero sostenere per fare il loro ingresso nel mercato domina-

---

<sup>15</sup> A. Smith, *An inquiry into the nature and causes of wealth of Nations*, 1776, Libro IV, chap. II (tr. it. a cura di Bartoli, Camporesi e Caruso, Roma, 2008), in part. Libro I.

<sup>16</sup> J.A. Schumpeter, *Capitalism, socialism and democracy*, London, 1954, v. in part. Chap. 7.

to da quest'ultimo. Se tali costi non sono significativi l'argomento regge. Se viceversa, sono alti – e la circostanza nei mercati tecnologicamente avanzati è sempre più comune – i concorrenti potrebbero latitare e dunque il periodo necessario alla scomparsa del monopolio potrebbe essere piuttosto lungo<sup>17</sup>. In tal caso l'argomento secondo il quale il monopolio viene naturalmente demolito per effetto della dinamica del mercato equivale a sostenere che non bisogna preoccuparsi dei furti, perché ogni ladro, prima o poi, va in pensione.

Un approccio alternativo al diritto antitrust appare quello di assegnargli l'obiettivo di promuovere, non il *total welfare*, ma il *consumer welfare*, ossia il benessere dei consumatori, intesi come un insieme distinguibile dal complesso della società<sup>18</sup>. In sostanza si legittimano le pratiche commerciali che arricchiscono le imprese coinvolte (il che è scontato perché altrimenti non sarebbero adottate), a condizione che nel contempo aumentino la ricchezza anche dei consumatori, o almeno non la riducano. Questa tesi implica che bisogna essere disposti ad accettare che pratiche efficienti, ossia che accrescono algebricamente il *total welfare*, debbano essere vietate dal diritto antitrust a motivo del fatto che nulla della ricchezza prodotta finisce nelle mani dei consumatori. Si tratta di una prospettiva che un *true Chicagoan* fa fatica ad accettare. Va comunque sottolineato che efficienza economica e protezione del benessere dei consumatori non sono sempre in contrasto. Ben può accadere che una pratica imprenditoriale permetta di ottenere vantaggi in termini di costi di produzione tali da potersi riflettere positivamente anche sui prezzi di vendita, oppure consentire di offrire servizi aggiuntivi apprezzati dai consumatori o dei miglioramenti dei prodotti in termini qualitativi<sup>19</sup>.

Infine, si può ricordare un ulteriore approccio al problema degli obiettivi del diritto antitrust, quello che consiste nell'equiparare il *total welfare* al *consumer welfare*: tutti i componenti della società sono anche, sotto qualche

---

<sup>17</sup> Le barriere all'accesso al mercato potrebbero essere elevate anche perché il monopolista le rende tali, per proteggere la sua posizione, ad esempio attraverso attività di lobbying.

<sup>18</sup> V. riassuntivamente M. Motta, *Competition Policy*, cit., p. 18 ss.

<sup>19</sup> Una giustificazione aggiuntiva – tipica di un approccio economicista – consiste nell'affermare che se si ritiene necessario proteggere la ricchezza di coloro che si impoveriscono a seguito della pratica commerciale, ciò può essere effettuato mediante la leva fiscale. Quest'ultima consentirebbe di ritrasferire la ricchezza a coloro che sono risultati pregiudicati, senza rinunciare agli incrementi della stessa ottenuti mediante la suddetta pratica. Questa giustificazione ignora però, per un verso, che non è affatto detto che chi si impoverisce riesca ad ottenere una rappresentanza politica tale da far adottare una politica fiscale favorevole. E per l'altro che anche le politiche fiscali hanno un costo, di cui allora occorrerebbe tenere conto nell'analisi costi/benefici.

profilo, consumatori e quindi laddove solo i componenti dell'industria si arricchiscano, si può comunque sostenere che alcuni consumatori – segnatamente gli amministratori e gli azionisti – accrescono il loro *welfare*<sup>20</sup>. Di fronte a tali opinioni non appare immotivato il *caveat* che alcuni degli studiosi più attenti formularono in tempi non sospetti: ‘*consumer beware Chicago*’<sup>21</sup>.

#### 4. *Chicago e l'economia comportamentale*

Oltre alla problematicità della tesi secondo la quale l'efficienza economica dovrebbe costituire l'unico obiettivo del diritto antitrust, la dottrina di Chicago deve fare i conti con alcune debolezze della teoria economica sulla quale si basa. La più grave è costituita da un assunto inespresso, ma cruciale: tutti gli attori del mercato – imprese, clienti e consumatori finali – sono agenti perfettamente razionali e di conseguenza perseguono costantemente la massimizzazione della loro utilità. Ciò mediante una continua valutazione dei costi e dei benefici derivanti da ciascuna possibile opzione contrattuale e sulla base di una completa conoscenza di tutte le informazioni rilevanti. Se così non fosse, ad esempio se le imprese fossero mosse anche da obiettivi di equità e non solo di profitto, non sarebbe certo che il prezzo di monopolio è sempre superiore al prezzo di concorrenza. E non sarebbe nemmeno certo che i consumatori e/o i clienti modificano (rapidamente) le loro decisioni di acquisto nel caso di offerte migliori provenienti da imprese concorrenti a quella presso la quale si rivolgono. In altri termini, l'approccio della teoria economica fatta propria da Chicago implica che tutti gli operatori del mercato soddisfino il paradigma dell'*homo oeconomicus*, ossia di un soggetto per-

---

<sup>20</sup> In *The Antitrust Paradox*, cit., Bork affermava che l'unico obiettivo dell'antitrust era la tutela del ‘*consumer welfare*’, ma in realtà egli si riferiva al *total welfare*, ossia il benessere aggregato di consumatori e imprese: “*Those who continue to buy after a monopoly is formed pay more for the same output, and that shift income from them to the monopoly and its owners. This is not dead weight loss due to the restrictions of output but merely a shift in income between two classes of consumers*” (*The Antitrust paradox*, cit., p. 110). Questa ambiguità lessicale ha sicuramente contribuito a rendere la tesi di Bork (e di altri) più facilmente digeribile, in particolare a coloro che, in considerazione della sua obiettiva complessità, non l'avevano pienamente compresa. Oggi la migliore dottrina statunitense riconosce che, per quanto la tesi del *consumer welfare* venga spesso evocata – anche dai giudici –, non esiste una definizione condivisa della stessa. Si tratta di un caso, in effetti non raro, in cui l'indeterminatazza semantica contribuisce al successo del significante.

<sup>21</sup> E.M. Fox, *Consumer Beware Chicago*, in 84 *Michigan L. Rev.*, 1986, p. 1714 ss.

fettamente razionale, pienamente informato e indefettibilmente utilitarista.

Che tale assunto non sia realistico non ha bisogno di molte dimostrazioni e nemmeno i *Chicagoan* negano che si tratti di una ipotesi puramente astratta. Tuttavia rilevano che esso, per un verso, è quello che meglio fotografa la natura degli operatori del mercato e, per l'altro, è l'unico che consente previsioni, almeno approssimative, sulla condotta di questi ultimi. Argomentano infatti che, sebbene sia vero che le imprese e i loro reali interlocutori commerciali non agiscono sempre in modo pienamente conforme alla razionalità economica, è comunque indubbio che l'utilità personale sia una leva potente dell'agire umano e che la dinamica del mercato spinge verso tale obiettivo, premiando chi lo persegue e punendo – sul piano competitivo – chi lo manca<sup>22</sup>.

A partire dagli anni Novanta, tuttavia, una scuola di pensiero generalmente identificata come 'economia comportamentale'<sup>23</sup> (*behavioral law and economics*: BLA) ha sostenuto che le deviazioni degli individui rispetto allo standard di pura razionalità non sono imponderabili e quindi inutilizzabili al fine dell'elaborazione di modelli di comportamento. Diversamente, le anomalie comportamentali (*bias*) sarebbero sistematizzabili in categorie sufficientemente definibili, tenendo conto delle quali sarebbero possibili predizioni assai più realistiche rispetto a quelle elaborate sulla base dell'astratto paradigma dell'*homo oeconomicus*. Sul piano generale la BLA è giunta a mettere in discussione il principio di massimizzazione dell'utilità personale. Sulla base di esperimenti empirici essa sostiene che gli individui non prendono le

---

<sup>22</sup> L'effetto pratico di questo approccio può consistere in una riduzione del campo di applicazione del diritto antitrust. Ne è un esempio lo standard giudiziale applicato dalla Corte suprema degli Stati Uniti ai casi di *predatory pricing*. Nella sentenza *Brooke group Ltd. v. Brown & Williamson tobacco corp.* (1993) n. 92-466, June 21, 1993 essa ha affermato che per accertare la violazione della sez. 2 dello Sherman Act in caso di fissazione del prezzo di vendita sotto il costo di produzione occorre provare che sussista una alta probabilità di recuperare le perdite: '*For the investment to be rational, the [predator] must have a reasonable expectation of recovering, in the form of later monopoly profits, more than the losses suffered*'. La Corte dunque presuppone che le imprese agiscano razionalmente, nel caso questa razionalità non sia provata, il diritto antitrust non interviene. Come si preciserà nel capitolo dedicato all'analisi degli abusi di posizione dominante, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha scelto un orientamento diverso.

<sup>23</sup> In modo del tutto orientativo (e riduttivo) si può affermare che la scuola è sorta dalle pionieristiche indagini economico-sociali di Daniel Kahneman, Amos Tversky e Richard Thaler, v. segnatamente, D. Kanemann, *Thinking, fast and slow*, London, 2012, R. Thaler, *Misbehaving*, in *The Making of the Behavioral Economics*, 2015, nonché sotto un profilo più giuridico, C. Sunstein (Ed.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge, 2000, e in modo più divulgativo, R. Thaler, C. Sunstein, *Nudge. Improving decisions about Health, Wealth and Happiness*, New Haven, 2008.