

Considerazioni introduttive

Con l'adozione della dir. (UE) n. 2019/1¹, può oggi dirsi compiuto il processo di «modernizzazione» delle regole antitrust dell'Unione europea, iniziato oltre quindici anni fa col reg. (CE) n. 1/2003², e proseguito con la dir. n. 2014/104/UE³.

Armonizzando i poteri che gli Stati membri sono tenuti a conferire alle autorità garanti della concorrenza (in seguito, le “ANC”), la c.d. direttiva ECN+ costituisce infatti l'ultimo passaggio del lungo e complesso processo di riforma concernente la politica di concorrenza dell'Unione, e fondato sulla crescente consapevolezza circa la necessità di migliorare l'efficienza delle modalità di *enforcement* degli artt. 101 e 102 TFUE.

Concepita già a partire dagli anni novanta del secolo scorso, l'esigenza di semplificare la disciplina e di razionalizzare l'utilizzo delle risorse della Commissione trova la prima concreta esplicitazione nel citato reg. (CE) n. 1/2003; esso, anche in vista dell'allora imminente allargamento dell'Unione a un cospicuo numero di nuovi Stati membri, rivoluziona il sistema applicativo rimasto in vigore per quasi quarant'anni⁴. Agli albori della «modernizzazione», la volontà

¹ Cfr. direttiva (UE) 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*, in GU L, n. 11, del 14 gennaio 2019, 3.

² Cfr. regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, *concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, in GU L, n. 1, del 4 gennaio 2003, 1. V. anche il Libro bianco *sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE*, in GU C, n. 132 del 12 maggio 1999 e la proposta di regolamento del Consiglio *concernente l'applicazione alle imprese delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato recante modifica dei Regolamenti (CEE) n. 1017/68, (CEE) n. 2988/74, (CEE) n. 4056/86 e (CEE) n. 3975/87*, in GU C, n. 365, del 19 dicembre 2000.

³ Cfr. direttiva n. 2014/104/UE 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*, in GU L, n. 349, del 5 dicembre 2014, 1; v. anche la Proposta della Commissione dell'11 giugno 2013, per una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea*, COM(2013) 404 final.

⁴ Cfr. regolamento (CEE) n. 17/62 del Consiglio, del 6 febbraio 1962, *Primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato*, in GU, n. 13, del 21 febbraio 1962, 204.

del legislatore dell'Unione di incrementare l'efficacia applicativa degli artt. 101 e 102 TFUE si manifesta soprattutto nel passaggio dal modello accentrato a un sistema a rete in cui l'attuazione della politica di concorrenza dell'Unione è condivisa dalla Commissione con le ANC nell'ambito della c.d. Rete Europea della Concorrenza (in seguito, anche la "REC" o la "Rete").

Il successo della riforma è indiscutibile: l'allargamento del novero dei soggetti competenti ad applicare le regole antitrust dell'Unione aumenta infatti il numero complessivo dei casi decisi nel territorio degli Stati membri accentuando il grado di efficacia e operatività degli artt. 101 e 102 TFUE. Le modalità di funzionamento del sistema di applicazione decentrata appaiono invece e fin da subito perfettibili: il nuovo regime non viene infatti sviluppato secondo un disegno sistematico volto a istituire un sistema federale ma si basa piuttosto sulla sola applicabilità diretta degli artt. 101 e 102 TFUE; le regole antitrust dell'Unione vengono pertanto applicate mediante regole e procedure eterogenee a seconda che una violazione sia portata all'attenzione della Commissione o delle ANC di ciascuno Stato membro.

È in tale prospettiva che si apprezza l'importanza e la portata sistematica della dir. n (UE) 2019/1. Pur con alcune imperfezioni, delle quali si cercherà di dare conto nel prosieguo, la c.d. direttiva ECN+ completa infatti la realizzazione dello spazio comune di applicazione delle regole di concorrenza dell'Unione, mediante l'armonizzazione dei poteri procedurali, decisionali e sanzionatori delle ANC e il consolidamento della loro posizione istituzionale nel quadro degli ordinamenti nazionali.

Ciò detto, e come si accennava, la circostanza per la quale il momento iniziale e finale della «modernizzazione» riguardino entrambi aspetti procedurali legati alla sola sfera di applicazione pubblica delle regole di concorrenza non significa che l'intero processo di riforma si sviluppi esclusivamente attorno a tali temi. La prospettiva della «modernizzazione» è infatti molto più ampia, interessando al tempo stesso anche profili di natura sostanziale e privatistici: e la finalità del presente volume è proprio quella della ricostruzione dell'esito complessivo del processo di riforma e dello studio delle interazioni fra le varie anime di cui questo si compone.

Il maggior grado di attenzione prestata all'efficacia del diritto della concorrenza si accompagna innanzitutto a un crescente interesse nei confronti dell'applicazione delle regole antitrust da parte dei giudici nazionali nell'ambito delle azioni per il risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale. Lo sviluppo del versante di applicazione privatistica persegue del resto i medesimi obiettivi sottesi alla modernizzazione del *public enforcement*, e cioè l'aumento dell'operatività e dell'efficacia applicativa degli artt. 101 e 102 TFUE. Le azioni instaurate dai privati possono infatti contribuire alla scoperta (e alla sanzione) di talune violazioni delle regole di concorrenza che, altrimenti, potrebbero sfuggire al controllo di matrice pubblicistica. L'accertamento giudiziale del diritto al risarcimento del danno permette inoltre la compensazione delle vittime degli illeciti anticoncorrenziali.

Il legame fra le due linee evolutive dell'ordinamento antitrust dell'Unione è quindi tanto intenso quanto evidente. Non sorprende che l'applicazione privatistica quale strumento complementare all'intervento pubblico nel contesto dell'attuazione decentrata degli artt. 101 e 102 TFUE sia pertanto menzionata per la prima volta proprio dal reg. (CE) n. 1/2003⁵: tale atto, dunque, non avvia soltanto la «modernizzazione» del *public enforcement* ma anche il parallelo processo normativo che, dopo quasi dieci anni⁶, e sull'onda di una nota serie di sentenze della Corte di giustizia⁷, si conclude con l'adozione della ricordata dir. n. 2014/104/UE sul risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale.

L'adozione delle dir. (UE) n. 2019/1 e n. 2014/104/UE dimostra di per sé il successo delle due anime di cui si compone il pilastro procedurale della «modernizzazione»: nel senso che l'attuale sistema di *enforcement* pubblico e privato delle regole di concorrenza dell'Unione è profondamente diverso rispetto al regime in vigore alla fine del secolo scorso.

Tale apprezzamento non può essere tuttavia esteso con riguardo al pilastro sostanziale della «modernizzazione», cui si accennava. Infatti, contestualmente all'adozione del reg. (CE) n. 1/2003 appare quanto meno opportuna – e complementare rispetto alla riforma del *public enforcement* e all'auspicata diffusione delle azioni di risarcimento – anche una riflessione sulle finalità sostanziali della politica di concorrenza. Quanto sopra, come vedremo, nell'ottica di verificare se non sia venuto il momento di superare il tradizionale approccio strutturale che da sempre caratterizza l'ordinamento antitrust dell'Unione, in favore di un'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE più attenta all'analisi economica che alla lettera delle norme.

Al netto di alcune oscillazioni nella prassi applicativa e regolamentare, il prospettato cambiamento a favore di un approccio (più) economico al diritto antitrust non sembra infatti essersi definitivamente consolidato nell'ordinamento dell'Unione. La tutela della fisionomia concorrenziale del mercato rimane per-

⁵ Si riconosce infatti che i giudizi nazionali «tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni», così svolgendo «un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza» (cfr. considerando n. 7 al reg. (CE) n. 1/2003, cit.).

⁶ Cfr. Libro verde della Commissione del 19 dicembre 2005, *azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM(2005) 672 def. e Libro bianco della Commissione del 2 aprile 2008, *in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM(2008) 165 def.

⁷ Fra le altre, cfr. Corte giust. 20 settembre 2001, in causa C-453/99, *Courage Ltd contro Bernard Crehan e Bernard Crehan c. Courage Ltd e altri.*, ECLI:EU:C:2001:465; Corte giust. 13 luglio 2006, in cause da C-295/04 a C-298/04, *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito c. Fondiaria Sai SpA e Nicolò Tricarico e Pasqualina Murgolo c. Assitalia SpA*, ECLI:EU:C:2006:461; Corte giust. 14 giugno 2011, in causa C-360/09, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:2011:389; Corte giust. 6 novembre 2012, in causa C-199/11, *Europese Gemeenschap c. Otis NV e altri*, ECLI:EU:C:2012:684; Corte giust. 6 giugno 2013, in causa C-536/11, *Bundeswettbewerbbehörde c. Donau Chemie AG e altri*, ECLI:EU:C:2013:366; Corte giust. 5 giugno 2014, in causa C-557/12, *Kone AG e altri c. ÖBB-Infrastruktur AG*, ECLI:EU:C:2014:1317.

tanto l'obiettivo principale cui deve essere orientato l'*enforcement* degli artt. 101 e 102 TFUE e al tempo stesso finalità prioritaria rispetto al perseguimento dell'efficienza e del c.d. *consumer welfare*.

L'apparente ridimensionamento della «modernizzazione» sostanziale non rappresenta peraltro ragione di incoerenza sistematica dell'ordinamento antitrust dell'Unione. La circostanza per la quale il mantenimento di una struttura di mercato aperta sia rimasta finalità preminente nell'interpretazione e applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE è in realtà espressione dei medesimi principi che ispirano e caratterizzano le dir. (UE) n. 2019/1 e 2014/104/UE, con ciò dimostrando l'effettivo coordinamento delle tre anime della «modernizzazione» e la sostanziale unitarietà dell'esito del processo di riforma avviato con il reg. (CE) n. 1/2003.

La coerenza sistematica emerge in particolare dalla lettura di questo processo attraverso la lente rappresentata dalle funzioni principali che caratterizzano ogni ordinamento, e cioè la necessità di individuare i comportamenti indesiderati, di garantire l'osservanza delle regole sostanziali e gestire il rischio della loro violazione (c.d. funzione deterrente), nonché di disciplinare le conseguenze delle eventuali infrazioni (in ottica c.d. retributiva o c.d. compensativa).

Traslati nel contesto dell'ordinamento antitrust dell'Unione, i tre piani funzionali sono speculari alle tre anime della modernizzazione e al tempo stesso fra loro strettamente connessi. L'individuazione delle condotte vietate varia infatti a seconda delle finalità sostanziali attribuite agli artt. 101 e 102 TFUE, il cui contenuto è oggetto di chiarificazione nella fase applicativa tanto per mezzo delle decisioni di Commissione e ANC, quanto da parte dei giudici nazionali nell'ambito delle azioni di risarcimento del danno. L'individuazione delle finalità cui deve essere orientata la politica di concorrenza incide sull'applicazione pratica della relativa normativa con conseguenze che si riflettono (anche) sulla dialettica fra *private* e *public enforcement*. Il *public enforcement* è meglio strutturato per garantire l'osservanza da parte delle imprese degli artt. 101 e 102 TFUE, ed è quindi nella prospettiva della funzione deterrente che si deve valutare la dir. (UE) n. 2019/1. Pur potendo contribuire a tale finalità, l'obiettivo principale del *private enforcement* è – e deve rimanere – quello di consentire che gli autori di illeciti anticoncorrenziali siano tenuti a risarcire il danno cagionato alle vittime, ed è pertanto alla luce di tale finalità che si pone la dir. n. 2014/104/UE.

Di quanto sopra si intende dare conto nel presente volume.

Capitolo I

Gli obiettivi della tutela pubblica e privata in materia antitrust e la loro complementarità

SOMMARIO: 1. Premessa: i tre piani funzionali in cui si snoda la repressione delle attività socialmente indesiderate. – 2. La repressione delle condotte anticoncorrenziali. Il primo piano funzionale e le (molteplici) finalità della politica antitrust. – 2.1. (*segue*): la rilevanza degli obiettivi sostanziali della politica di concorrenza ai fini della complementarità fra applicazione pubblica e privata delle regole di concorrenza. Primi cenni. – 3. Il secondo piano funzionale. L'osservanza delle regole quale obiettivo principale dei sistemi di *enforcement*. La teoria economica della deterrenza nel settore antitrust. – 3.1. (*segue*): il rapporto fra applicazione pubblica e privata delle regole antitrust ai fini della deterrenza degli illeciti anticoncorrenziali. – 4. Il terzo piano funzionale: la gestione delle conseguenze di una violazione. La compensazione delle vittime degli illeciti.

1. Premessa: i tre piani funzionali in cui si snoda la repressione delle attività socialmente indesiderate

La repressione di attività socialmente indesiderate, ivi incluse le condotte anticoncorrenziali, si caratterizza per tre funzioni principali⁸, e cioè la necessità di individuare le condotte vietate, di garantire l'osservanza delle regole sostanziali e gestire il rischio della loro violazione (c.d. funzione deterrente), nonché di disciplinare le conseguenze delle eventuali infrazioni (in ottica c.d. retributiva o c.d. compensativa). Tale struttura tripartita si riflette in altrettante categorie di disposizioni che devono essere adottate dal legislatore.

Iniziando dal primo piano funzionale, l'ordinamento è dunque innanzitutto tenuto a regolare il comportamento dei privati incentivando o dissuadendo determinate condotte (anche) in funzione del benessere sociale⁹. La regolazione

⁸ Cfr. F. DENOZZA, L. TOFFOLETTI, *Le funzioni delle azioni private nel libro bianco sul risarcimento del danno antitrust: compensazione, deterrenza e coordinamento con l'azione pubblica*, in F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIMBENE (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, 101.

⁹ Cfr. P. GIUDICI, *La responsabilità civile nei mercati finanziari*, Milano, 2008, spec. 4 e 7. Si possono distinguere due teorie. Da un lato, vi è appunto chi ritiene che la regolazione si fondi

avviene in particolare per rispondere ai c.d. fallimenti del mercato che si verificano in seguito alle c.d. negoziazioni inefficienti causate a loro volta dai costi di transazione¹⁰.

Sono espressione di tale prima funzione le disposizioni che impongono regole di condotta accompagnate da divieti o incentivi¹¹, individuano i beni giuridici e gli interessi tutelati, e precisano il livello di protezione desiderato, ad esempio mediante la scelta del grado dell'elemento soggettivo ritenuto sufficiente per ascrivere a un determinato soggetto una violazione. Tale attività non rientra nella funzione di *enforcement* in senso stretto. Le scelte compiute in questa prima fase influenzano però le successive attività di attuazione della normativa, sia questa basata su un modello di *enforcement* pubblico, privato o complementare. Le tre funzioni devono infatti garantire la coerenza sistematica dell'ordinamento e non devono confliggere le une con le altre.

Premesso che la coerenza sistematica è aspetto di particolare rilevanza in ambito antitrust¹², nella funzione di *enforcement* in senso stretto si registra una seconda distinzione¹³. Da un lato, sono espressione del secondo piano funzionale le disposizioni volte a garantire l'osservanza delle regole sostanziali individuate nel corso della prima fase funzionale e la gestione del rischio della loro violazione. Ne sono un esempio le norme che regolano i controlli e i meccanismi di rilevamento delle infrazioni, nonché quelle che definiscono l'intensità desiderata di deterrenza dei comportamenti illeciti.

sull'interesse pubblico e sia volta a massimizzare il benessere sociale o a tutelare le scelte individuali. Dall'altro lato, vi è chi afferma che tale attività sia invece basata sull'interesse privato e sia quindi «volta a soddisfare interessi settoriali dei soggetti regolati o dei regolatori» (anche per ulteriori riferimenti, F. TIRIO, *Le autorità indipendenti nel sistema misto di enforcement della regolazione*, Torino, 2012, spec. 13-14).

¹⁰ Cfr. P. GIUDICI, *La responsabilità civile*, cit., 17-20. Sulla nozione di costi di transazione – la cui elaborazione va in ogni modo attribuita alle fondamentali opere di R.H. Coase (fra le quali R.H. COASE, *The Nature of the Firm*, in *Economica*, 1937, 386; e R.H. COASE., *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, 1988) e O.E. Williamson (fra le quali, O.E. WILLIAMSON, *Transaction Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, in *JLE*, 1979, 233; O.E. WILLIAMSON, *The Economics Institutions of Capitalism*, New York, 1985) – la letteratura economica e giuridica è letteralmente sterminata. Da ultimo, e anche per ulteriori riferimenti, v. allora A. CUCINOTTA, *Coase, Hayek e la concezione classica della concorrenza*, in *MCR*, 2017, 37.

¹¹ Infatti, «[l]’attività di indirizzamento può effettuarsi tramite la creazione di disincentivi nella forma di punizioni (sanzioni e tasse [...]) o di incentivi (sussidi, benefici fiscali e altre forme di aiuto)» (cfr. P. GIUDICI, *La responsabilità civile*, cit., 21).

¹² Sul rapporto fra le finalità sostanziali della politica di concorrenza e i profili istituzionali e procedurali degli ordinamenti antitrust (più rilevanti sotto il profilo del secondo e terzo piano funzionale) v. fra gli altri W.E. KOVACIC, *The Institutions of Antitrust Law: How Structure Shapes Substance*, in *Mich. L. Rev.*, 2012, 1019 e più in generale D.A. CRANE, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, New York, 2011.

¹³ Che riprende e sviluppa il principio secondo cui «[t]he goal of an “enforcement system” is to provide incentives to comply with laws by detecting violations and sanctioning the violators» (cfr. I. SEGAL, M. WHINSTON, *Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: A Survey*, in *ECLR*, 2007, 306).

Dall'altro lato, le disposizioni che regolano le conseguenze di un'eventuale violazione sono invece attuazione del terzo piano funzionale. Vi appartengono le norme che disciplinano le sanzioni irrogate ai soggetti inadempienti in ottica retributiva, individuano altri possibili rimedi alle infrazioni¹⁴, nonché quelle che fissano il livello di compensazione dovuto alle eventuali vittime, in ottica correttiva.

La prima delle tre funzioni menzionate è a matrice prevalentemente pubblicista. La scelta degli interessi e dei beni giuridici meritevoli di essere protetti è infatti meglio realizzata dal legislatore e coincide in sostanza con l'individuazione della *ratio* di una data normativa¹⁵. Anche la fase applicativa contribuisce invero all'elaborazione e alla chiarezza delle regole. Si ritiene tuttavia che pure in tale prospettiva l'azione delle autorità pubbliche sia tendenzialmente superiore al *private enforcement*¹⁶.

Le altre due funzioni si possono invece perseguire sia mediante l'azione pubblica che per mezzo di quella privata. Il *private enforcement* è meglio strutturato per raggiungere taluni degli obiettivi sopra ricordati, e innanzitutto per garantire l'effettiva compensazione delle vittime nell'ottica della c.d. giustizia correttiva¹⁷. Gli strumenti offerti dal *public enforcement* sono invece più adeguati a perseguire altri risultati, e in particolare per punire i soggetti autori di un'infrazione, nella prospettiva della c.d. giustizia retributiva. In altri casi ancora la soluzione ottimale è l'uso complementare dell'azione pubblica e privata: è ad esempio il caso della funzione deterrente in quanto, come si vedrà, l'applicazione parallela di una data normativa da parte di autorità pubbliche e soggetti privati aumenta il numero di casi trattati, di violazioni scoperte nonché, e conseguentemente, i costi attesi dai potenziali trasgressori.

Su tali questioni si tornerà ovviamente in seguito con specifico riguardo all'applicazione delle regole antitrust.

¹⁴ Nella prospettiva del diritto antitrust si pensi ad esempio alla distinzione fra rimedi strutturali o comportamentali che, a determinate condizioni, Commissione e ANC possono imporre alle imprese sia nell'ambito del controllo preventivo sulle concentrazioni sia nel contesto delle decisioni con impegni (sul punto v. *infra* Capitolo IV § 7).

¹⁵ In effetti, «[d]ietro ogni norma c'è un insieme di valutazioni che si sostanziano nell'individuazione di un fascio di interessi la cui protezione è la ragione della norma. È quella che in genere viene chiamata la «ratio» della norma, cui corrisponde un qualcosa di più o meno vagamente intuibile che in questo contesto potremmo chiamare il «bene giuridico» la cui tutela è lo «scopo» della norma» (cfr. F. DENOZZA, A. TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell'«approccio economico» nell'interpretazione del diritto antitrust*, in MCR, 2006, 563, spec. 565).

¹⁶ Con riferimento alla disciplina della concorrenza, v. ad esempio W.P.J. WILS, *The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages*, in *Conc.*, 2007, 1, spec. 2.

¹⁷ Infatti, «[s]ince private enforcement is by its nature enforced by private parties, its primary goal is compensation for any injury that party has suffered as a result of another party's infringement of EU competition law. It may also have a deterrent, punitive, or preventative function, but [...] these functions do not distinguish private from public enforcement», mentre «[i]t is the essentially private nature that distinguishes private enforcement from other mechanisms, and it is therefore this aspect that should be considered when assessing the need for private enforcement» (cfr. M. HAZELHORST, *Private Enforcement of EU Competition Law: Why Punitive Damages Are a Step Too Far*, in ERPL, 2010, 757, spec. 761).

2. La repressione delle condotte anticoncorrenziali. Il primo piano funzionale e le (molteplici) finalità della politica antitrust

La tripartizione funzionale vale anche per la politica di concorrenza¹⁸. Anche in questo settore si hanno dunque regole volte a individuare le condotte illecite (*rectius*, anticoncorrenziali), a gestirne il rischio di violazione, e a regolare le eventuali conseguenze.

Approssimando per difetto, nell'ordinamento dell'Unione, la prima funzione si riflette negli artt. 101 e 102 TFUE¹⁹ e in taluni regolamenti di esenzione o di

¹⁸In effetti, «*the enforcement of antitrust prohibitions such as [art. 101 and 102 TFEU] involves three tasks: [...] clarifying and developing the content of the prohibitions, [...] preventing violations of these prohibitions, in particular through deterrence and punishment, and [...] dealing with the consequences when violations have nevertheless happened, in particular by providing compensation to achieve corrective justice*» (cfr. W.P.J. WILS, *The relationship*, cit. 2).

¹⁹La letteratura in materia è sterminata, e la sua ricognizione esula dalle finalità del presente lavoro. Oltre ai contributi di volta in volta citati nel testo, fra le opere più significative, ma senza alcuna pretesa di esaustività, v. allora, in prospettiva generale, C. BELLAMY, G. CHILD, *European Union Law of Competition*, Oxford, 2019; E. CANNIZZARO, L.F. PACE, *Le politiche di concorrenza*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2017, 328; R. MASTROIANNI, A. ARENA (eds.), *60 Years of EU Competition Law. Stocktaking and Future Prospects*, Napoli, 2017; A. EZRACHI, *EU competition law: an analytical guide to the leading cases*, Oxford, 2016; R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford-New York, 2015; F. MUNARI, C. CELLERINO, *Art. 103 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, 1073; A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford-New York, 2014; D. GERADIN, I. LIANOS (eds.), *Research Handbook on European Competition Law*, Cheltenham, 2013; P.J. SLOT, A. JOHNSTON, *An Introduction to Competition Law*, Oxford, 2013; A. FRIGNANI, S. BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, Padova, 2013; D. GERADIN, A. LAYNE-FARRAR, N. PETTIT, *EU Competition Law and Economics*, Oxford, 2012; S. BASTIANON, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Milano, 2011; S. BISHOP, M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Londra, 2010; P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010; J. DREXL, L. IDOT, J. MONÉGER (eds.), *Economic Theory and Competition Law*, Cheltenham, 2009; M. DE VITA, *Il diritto della concorrenza nella giurisprudenza*, Torino, 2009; J. GOYDER, A. ALBORS LLORENS, *EC Competition Law*, Oxford, 2009; I. VAN BAEL, J.F. BELLIS, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2009; G. AMATO, C.D. EHLERMANN, *EC Competition Law. A Critical Assessment*, Oxford, 2007; R. CAIAZZO, *Antitrust. Profili giuridici*, Milano, 2007; V. KORAH, *An Introduction Guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford-Portland, 2007; C. OSTI, *Diritto della concorrenza*, Bologna, 2007; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2007; A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, *La concorrenza*, Torino, 2006; F. MUNARI, *Le regole di concorrenza nel sistema del Trattato*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006, 1451; L. PROSPERETTI, M. SIRAGUSA, M. BERETTA, M. MERINI, *Economia e diritto antitrust*, Roma, 2006; A.M. CALAMIA, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, 2004; E. MOAVERO MILANESI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, 2004; M. MOTTA, *Competition Policy*, Cambridge, 2004; G.L. TOSATO, L. BELLODI (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, Milano, 2004; P. MANZINI, *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Milano, 1994; F. MUNARI, *Il diritto comunitario antitrust nel commercio internazionale: il caso dei trasporti marittimi*, Padova, 1993. Con specifico riferimento all'art. 101 TFUE, v. invece F. AMATO, *Art. 101 TFUE*, in A. TIZZANO

(a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., 1019; M.T. D'ALESSIO, *Art. 101 TFUE*, in POCAR F., BARUFFI M.C. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, 748; J. FAULL, L. KJØLBYE, H. LEUPOLD, A. NIKPAY, *Article 101*, in J. FAULL, A. NIKPAY (eds.), *The EU Law of Competition*, Oxford, 2014, 183; M. BENNET, F.E. GONZALEZ DIAZ, H. LEUPOLD, A. VERNET, D. WOODS, *Horizontal Cooperation Agreements*, in J. FAULL, A. NIKPAY (eds.), *The EU Law of Competition*, cit., 883; A. COLOMBANI, J. KLOUB, E. SAKKERS, *Cartels*, in J. FAULL, A. NIKPAY (eds.), *The EU Law of Competition*, cit., 1023; A. GURIN, L. PEEPERKORN, *Vertical Agreements*, in J. FAULL, A. NIKPAY (eds.), *The EU Law of Competition*, cit., 1363; M. D'OSTUNI, *Il concetto d'intesa*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, 69; D. BAILEY, *Restrictions of Competition by Object under Article 101 TFEU*, in *CMLRev*, 2012, 559; D. GULLO, *Art. 101 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO (diretto da), *Codice dell'Unione europea*, 2012, Napoli, 990; B. VAN ROMPUY, *Economic efficiency: the sole concern of modern antitrust policy? Non-efficiency considerations under article 101 TFEU*, *Alphen aan den Rijn*, 2012; A. JONES, *Left Behind by Modernization? Restrictions by Object under Article 101(1)*, in *Ant. Bull.*, 2010, 55; P. SABA, M. BOCCACCIO, G. MANGIONE, *Art. 101 TFUE*, in A. CATRICALÀ (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, 5; A. JONES, *Resale Price Maintenance: A Debate About Competition Policy in Europe*, in *ECL*, 2009, 425; P. MANZINI, *La collusione tra imprese nella disciplina antitrust comunitaria*, in *DCI*, 2009, 821; C. TOWNLEY, *Article 81 EC and Public Policy*, Oxford, 2009; M. SIRAGUSA, C. RIZZA (eds.), *EU Competition Law: Cartel Law*, Leuven, 2007; F. MUNARI, *Le intese restrittive della concorrenza*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, cit., 1469; O. ODUDU, *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, Oxford, 2006; O. BLACK, *What is an Agreement?*, in *ELR*, 2003, 504; G. MONTI, *Article 81 EC and public policy*, in *CMLRev*, 2002, 1057. Con specifico riferimento all'art. 102 TFUE, v. infine C. RITTER, *Price discrimination as an abuse of a dominant position under Article 102 TFEU: MEO*, in *CMLRev*, 2019, 259; R. NAZZINI, *Google and the (Ever-stretching) Boundaries of Article 102 TFEU*, in *JECLAP*, 2015, 301; R. SUBIOTTO QC, D.R. LITTLE, R. LEPETSKA, *The Application of Article 102 TFEU by the European Commission and the European Courts*, in *JECLAP*, 2015, 27; F. AMATO, *Art. 102 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., 1050; M.T. D'ALESSIO, *Art. 102 TUE*, in POCAR F., BARUFFI M.C. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, cit., 792; P.I. COLOMO, *Exclusionary Discrimination under Article 102 TFEU*, in *CMLRev*, 2014, 141; M. DE LA MANO, R. NAZZINI, H. ZENGER, *Article 102*, in J. FAULL, A. NIKPAY (eds.), *The EU Law of Competition*, cit., 329; G. BRUZZONE, *L'abuso di posizione dominante*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico*, cit., 95; P. AKMAN, *The Concept of Abuse in EU Competition Law*, Oxford, 2012; V. CAPUANO, *Abuso di posizione dominante e proprietà intellettuale nel diritto dell'Unione Europea*, Napoli, 2012; B. GENCARELLI, *Art. 102 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO (diretto da), *Codice dell'Unione europea*, 2012, Napoli, 1011; L. ORTIZ BLANCO, *Market Power in EU Antitrust Law*, Oxford, 2012; R. NAZZINI, *The Foundations of European Union Competition Law. The Objectives and principles of Article 102*, Oxford, 2011; L.F. PACE (ed.), *European competition law: the impact of the Commission's guidance on Article 102*, Cheltenham, 2011; F. ETRO, I. KOKKORIS (eds.), *Competition law and the enforcement of Article 102*, Oxford, 2010; A. HEIMLER, G. BRUZZONE, *Art. 102 TFUE*, in A. CATRICALÀ (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, cit., 78; L. LOVDHAL GORMSEN, *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*, Cambridge, 2010; E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Oxford, 2010; A. EZRAHI (ed.), *Article 82 EC: Reflections on its Recent Evolution*, Oxford, 2009; P. AKMAN, *Searching for the Long-Lost Soul of Article 82*, in *OJLS*, 2009, 267; C.D. EHLERMANN; A.I. ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual 2003: What is Abuse of a Dominant Position?*, Oxford-Portland, 2006; G. MONTI, *The Concept of Dominance in Article 82*, in *ECJ*, 2006, 31; F. MUNARI, *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante detenuta sul mercato*, in TIZZANO A. (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, cit., 1506; R. O'DONOGHUE, J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82*, New York, 2006; T. EILMASBERGER, *How to distinguish good from bad competition under article 82 EC: in search of clearer and more coherent standards for anti-*

settore, mentre la seconda e la terza funzione trovano espressione nei regolamenti di applicazione degli articoli citati²⁰, nonché nelle direttive in materia di danni da illecito antitrust²¹ e sui poteri delle ANC²². Ciascuno degli aspetti menzionati è inoltre “regolato” da diversi provvedimenti di c.d. *soft law*²³.

competitive abuses, in *CMLRev*, 2005, 129; F. MARABINI, *L'abuso di posizione dominante nella giurisprudenza comunitaria*, Torino, 2004; J.P. AZEVEDO, M. WALKER, *Dominance: meaning and measurement*, in *ECLR*, 2002, 363; S. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001; C. RIZZA, *La posizione dominante collettiva nella giurisprudenza comunitaria*, in *Conc. Merc.*, 2000, 509; V. MELI, *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante imposizione di prezzi non equi*, Milano 1989; C.W. BADEN FULLER, *Article 86 EEC: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position*, in *ELR*, 1979, 481; J. TEMPLE LANG, *Monopolisation and the Definition of "Abuse" of a Dominant Position under Article 86*, in *CMLRev*, 1979, 345.

²⁰ Ossia, il reg. (CE) n. 1/2003, cit., regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, *relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE*, in *GU L*, n. 123, del 27 aprile 2004, 18; regolamento (CE) n. 622/2008 della Commissione, del 30 giugno 2008, *che modifica il regolamento (CE) n. 773/2004 per quanto riguarda la transazione nei procedimenti relativi ai cartelli*, in *GU L*, n. 171, del 1 luglio 2008, 3 cit., oltre a un numero piuttosto elevato di strumenti di c.d. *soft law*.

²¹ Cfr. dir. n. 2014/104/UE, cit., su cui v. *infra* il Capitolo VI.

²² Cfr. dir. (UE) n. 2019/1, cit., su cui v. *infra* il Capitolo IV.

²³ Con riferimento al risarcimento del danno, v. ad esempio la Comunicazione sulla quantificazione del danno rivolta ai giudici nazionali (cfr. la Comunicazione della Commissione dell'11 giugno 2013, *relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, COM(2013) 3440 def., in *GU C*, n. 167, del 13 giugno 2013, a sua volta accompagnata da una *Guida pratica*, SWD(2013) 203 def.), e la Raccomandazione in tema di azioni collettive non solo in ambito antitrust (cfr. Raccomandazione della Commissione dell'11 giugno 2013, *relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione*, 2013/396/UE, in *GU L*, n. 201, del 26 luglio 2013, 60) Su quest'ultimo argomento, v. M. SCUFFI, *Le implicazioni della Direttiva 104/2014 sulle azioni di classe e la tutela del consumatore*, in F. MUNARI, C. CELLERINO (a cura di), *L'impatto della nuova direttiva 104/2014 sul private antitrust enforcement*, Roma, 2016, 93; S. KESKE, *Collective Redress – (Too) Great Expectations?*, in F. CISOTTA, M. MARQUIS (eds.) *Litigation and Arbitration in EU Competition Law*, Cheltenham, 2015, 47; J. ZYGMANTAS, *The future of collective antitrust redress: is something new under the sun?*, in *GCLR*, 2015, 14; A. ANDREANGELI, *Private enforcement of antitrust: regulating corporate behaviour through collective claims in the EU and US*, Cheltenham, 2014; B. SCHARAW, *Commission proposal for a directive on antitrust damages and recommendation on principles for collective redress: the road towards “private antitrust enforcement” in the European Union?*, in *ECLR*, 2014, 352; P. BUCCIROSSI, *Is it time for the European Union to legislate in the field of collective redress in antitrust (and how)?*, in *JECLAP*, 2013, 3; V. MARZULLO, *Azione risarcitoria di classe italiana ed effettività della tutela del consumatore contro le violazioni del diritto antitrust nazionale e dell'Unione europea*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, 283; B. NASCIBENE, *Interaction between leniency programmes and damages actions in antitrust law: perspectives for collective redress*, in *World Comp.*, 2013, 269; B. NASCIBENE, *L'interazione tra programmi di clemenza e azione di risarcimento nel diritto antitrust comunitario: prospettive in tema di “collective redress”*, in *DUE*, 2012, 731; G. AFFERNI, *Azione di classe e danno antitrust*, in *MCR*, 2010, 491; G. FIENGO, *Tutela antitrust del consumatore: il Libro bianco della Commissione europea e l'azione di classe italiana a confronto*, in *DUE*, 2010, 357; A. SANTA MARIA, *L'azione collettiva risarcitoria conseguente a comportamenti anticoncorrenziali fra libro bianco e legge italiana*,

Nel settore antitrust si registra una stretta correlazione fra le prime due funzioni. Gli obiettivi della politica di concorrenza sono infatti connessi alle regole che ne guidano l'applicazione pratica, e in particolare a quelle che disciplinano l'accertamento delle infrazioni, da un legame indissolubile²⁴. La questione è rilevante proprio perché non vi è accordo in merito alle finalità economiche e sociali della politica antitrust. Il disaccordo si riflette sull'interpretazione delle regole giuridiche in cui tale politica viene esplicitata, e in particolare sull'individuazione degli interessi e dei beni giuridici che queste devono proteggere. Le strategie di *enforcement* (pubblico e privato) risentono a loro volta di tali indecisioni.

Da un punto di vista pratico, la questione riguarda ad esempio le modalità di identificazione e accertamento delle violazioni²⁵, così come il regime dell'onere della prova²⁶. In prospettiva più teorica, ne derivano approcci differenti circa il livello di *enforcement* ritenuto ottimale e il valore attribuito alle funzioni deterrente e compensativa, e quindi anche alle azioni di risarcimento.

Le cause dell'incertezza vanno ricercate nella natura politico-economica della teoria antitrust²⁷ e nella conseguente formulazione vaga e indeterminata delle regole giuridiche mediante cui quest'ultima è introdotta negli ordinamenti²⁸. La disciplina della concorrenza è infatti costruita attorno a nozioni giuridiche molto ampie, mutate per l'appunto dalle scienze politico-economiche. Gli artt. 101

in B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO (a cura di), *Il private enforcement*, cit., 75; M. SCUFFI, *Tutela antitrust del consumatore e azione di classe*, in *Dir. ind.*, 2009, 341.

²⁴ Infatti, «[I]a questione dell'accertamento collassa [...] nella questione della ratio delle norme» (cfr. F. DENOZZA, A. TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell'«approccio economico»*, cit., 568). In altri termini, il dibattito «on what the objectives are that the system of European competition law strives to achieve [...] is not merely a theoretical one», ma piuttosto «[p]olicy objectives have a real impact in the design of competition policy and in the daily application and enforcement of competition provisions» (cfr. L. PARRET, *Do we (still) know what we are protecting?*, TILEC Discussion Paper 2009-010, spec. 3).

²⁵ Cfr. G. BRUZZONE, M. BOCCACCIO, *Identifying Infringements of Competition Rules: The Role of Economic and Legal Thinking*, in E.A. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust tra diritto nazionale e diritto dei consumatori*, Milano, 2009.

²⁶ Cfr. A. PERA, V. AURICCHIO, *Consumer Welfare, Standard of Proof and the Objectives of Competition Policy*, in *ECJ*, 2005, 153.

²⁷ Da un lato, «competition rules concern a subject which has profound social and political implications: the functioning of the market, the institution which allows voluntary exchange among equals pursuant to the law»; dall'altro lato, «[a]nother peculiar characteristic of antitrust laws is that they directly concern an economic concept: competition in the market» (cfr. A. PERA, *Changing Views of Competition, Economic Analysis and EC Antitrust Law*, in *ECJ*, 2008, 127, spec. 129 e 131; v. anche G. MONTI, *EC Competition law*, Cambridge, 2007, spec. 4).

²⁸ O «impalpabile», per riprendere un'espressione utilizzata da R. PARDOLESI, *Analisi economica e diritto antitrust*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Vent'anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, 124). Fra i molti, v. I. EHRLICH, R.A. POSNER, *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, in *JLS*, 1974, 257; L. KAPLOW, *Rules versus Standards*, in *Duke LJ*, 1992, 557.

e 102 TFUE non fanno eccezione a tale regola²⁹. Da un lato, si richiede quindi uno sforzo superiore ai giudici chiamati all'esercizio del loro sindacato sulle decisioni emesse dalle autorità pubbliche³⁰. Dall'altro lato, e soprattutto, si aumenta l'incertezza circa le finalità stesse della disciplina in discussione. L'ampiezza delle regole ne permette infatti svariate interpretazioni³¹. E le stesse solu-

²⁹ Infatti, «la disciplina della concorrenza, così come è stata concepita originariamente nel Trattato istitutivo della [CEE], poi traslata nel TFUE [...] [è] un complesso di regole in cui la valutazione economica e la valutazione giuridica sono coesenziali, tra loro interferenti, ed inseparabili» (cfr. G. ALPA, *Illecito e danno antitrust*, Torino, 2016, spec. 2). In effetti, gli artt. 101 e 102 TFUE, «like sections 1 and 2 of the Sherman Act, contain only generally worded standards» (cfr. W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Oxford/Portland, 2008, spec. 50). Con particolare riferimento all'art. 101(3) TFUE, quest'ultimo «does not only require careful determination of often highly complex economic facts, but this paragraph also demands the delicate balancing and weighting of different, possibly, elements of, arguments for and against a restrictive agreement», così lasciando «a relatively large amount of room for discretionary decision making» (cfr. C.D. EHLERMANN, *The modernization of EC Antitrust Policy: a Legal and Cultural Revolution*, in *CMLRev*, 2000, 537, spec. 537-538).

³⁰ Sui limiti del sindacato giurisdizionale in materia antitrust, v. A. GEULETTE, *Evaluation of Evidence by the European Courts in Competition Cases*, in F. CISOTTA, M. MARQUIS (eds.) *Litigation and Arbitration*, cit., 105; F. MUNARI, *Judicial assessment of anticompetitive behaviour in Italy*, in F. CISOTTA, M. MARQUIS (eds.) *Litigation and Arbitration*, cit., 159; R. NAZZINI, *The Evolution of the 'Full Jurisdiction' of the Union Courts in Article 101 and 102 Matters*, in F. CISOTTA, M. MARQUIS (eds.) *Litigation and Arbitration*, cit., 123; M. SOUSA FERRO, *Judicial Review: Do European Courts Care about Market Definition?*, in *JECLAP*, 2015, 400; P.I. COLOMO, *The Law on Abuses of Dominance and the System of Judicial Remedies*, in *YEL*, 2013, 389; G. GATTINARA, *La tutela giurisdizionale contro gli atti della Commissione in materia antitrust*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico*, cit., 429; A. LEONI, *La tutela giurisdizionale contro gli atti dell'AGCM in materia antitrust*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico*, cit., 419; R. MASTROIANNI, *Poteri e competenze del giudice amministrativo in materia di concorrenza alla luce dei principi dell'Unione europea*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 291; M. SIRAGUSA, C. RIZZA, *Decisioni sanzionatorie adottate dalla Commissione europea in caso di violazione delle regole di concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale dinanzi al giudice UE*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 79; D. GERADIN, N. PETIT, *Judicial Review in European Union Competition Law: A Quantitative and Qualitative Assessment*, in J. DERENNE, M. MEROLA (eds.), *The Role of the Court of Justice of the European Union in Competition Law Cases*, Bruxelles, 2012, 21; C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS (eds.), *European Competition Law Annual 2009: The Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*, Oxford-Portland, 2011; M. JAEGER, *The standard of review in competition cases involving complex economic assessments: towards the marginalisation of the marginal review?*, in *JECLAP*, 2011, 295; G. BRUZZONE, A. SAIJA, *Non varcare quella soglia? Limiti al controllo del giudice sulle decisioni antitrust nell'era della modernizzazione e dell'approccio economico*, in *MCR*, 2010, 7; P.I. COLOMO, J.Y. ART, *Judicial review in Article 102*, in F. ETRO, I. KOKKORIS (eds.), *Competition Law*, cit., 99; E. GIPPINI FOURNIER, *The elusive standard of proof in EU competition cases*, in *World Comp.*, 2010, 187; R. CARANTA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, 245; D. GERADIN, N. PETIT, *Diritto della concorrenza e ricorsi per annullamento nell'era della post-modernizzazione*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice*, cit., 31; D. BAILEY, *Scope of judicial review under Article 81 EC*, in *CMLRev*, 2004, 1327.

³¹ Anche con riferimento all'ordinamento dell'Unione, infatti, «[i]l Trattato non specifica [...]

zioni offerte dalle scuole di pensiero economico variano nel tempo, sono piuttosto eterogenee, e influenzano quindi anche la funzione giurisdizionale³².

Si può innanzitutto ritenere che il diritto antitrust protegga il processo concorrenziale. Tale impostazione è seguita dalla c.d. scuola di Friburgo (o scuola ordoliberal). Il presupposto è che il diritto della concorrenza fornisca le regole del gioco per la corretta competizione delle imprese che operano in un dato mercato. La normativa antitrust deve dunque essere rispettata – e fatta rispettare – a prescindere da ogni valutazione circa gli effetti economici che derivano dalla sua applicazione. La libera concorrenza non rappresenta infatti l'obiettivo finale della politica antitrust ma è piuttosto uno strumento necessario a garantire la tutela di altri – e più importanti – valori. La protezione del processo concorrenziale permette ad esempio di salvaguardare l'esercizio delle libertà economiche fondamentali degli operatori economici, e la libertà di scelta dei consumatori³³.

La tutela di detti valori fondamentali giustifica l'applicazione (pubblica e privata) delle regole antitrust anche laddove ne derivino effetti economici *prima facie* negativi³⁴. Le regole di concorrenza sono in altri termini applicate secondo un approccio formale. L'idea di base è piuttosto semplice. L'esperienza suggerisce che determinate fattispecie possono distorcere il processo concorrenziale e così pregiudicare i valori sopra menzionati. L'ipotesi principale è quella dell'eccessiva concentrazione del potere di mercato. Tale condizione ha infatti effetti negativi sulla libertà economica dei consumatori e delle imprese concorrenti. La legislazione codifica tale esperienza e detta le regole per impedire che la distor-

cosa si intenda per concorrenza non falsata. Per questo motivo, la determinazione del concetto di "concorrenza non falsata", quindi la determinazione della finalità del diritto antitrust CE, è rimessa alla discrezionalità della Commissione [...] salvo il successivo controllo giurisdizionale comunitario» (cfr. L.F. PACE, *Diritto europeo della concorrenza*, Padova, 2007, spec. 40).

³²Basti pensare che «[d]escriptions of the dangers of monopoly can be found in ancient Greek written sources as well as in the Bible» (cfr. L. PEEPKORN, V. VEROUDEN, *The Economics of Competition*, in in FAULL J., NIKPAY A. (eds.), *The EU Law of Competition*, cit., 3, spec. 5). Del resto, l'uso di termini vaghi e indeterminati «allows the content of the prohibitions to evolve over time, following the development of economic opinion, and the fluctuations of political or societal preferences as to the bounds of legitimate private and public power» (cfr. P.J. WILS, *The relationship*, cit., 3; v. anche G. MONTI, *EC Competition law*, cit., 3).

³³In altri termini, per la scuola ordoliberal il fine della politica di concorrenza «lies in the protection of individual economic freedom of action as a value itself, or vice versa, in the restraint of undue economic power» (cfr. W. MÖSCHEL, *Competition Policy from an Ordo Point of View*, in A. PEACOCK, H. WILLGERODT (eds.), *German Neo-liberals and the Social Market Economy*, Londra, 1989, 142, spec. 147).

³⁴Anche per tale ragione «[o]ne of the critical remarks on the Freiburg School is that it represents only a model of thought and does not dispose of an analytical model» che permetta «proper economic analyses in order to achieve for the consumers the maximum benefit out of the competition rules» (cfr. D. HILDEBRAND, *The European School in EC Competition Law*, in *World Comp.*, 2002, 3, spec. 3-4). Ciò è del resto in linea con il fatto che «[o]rdoliberalism is not a just school of competition or economic theory but an entire political and economic philosophy» (cfr. A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law*, cit., 33).

sione si verifichi. Le fattispecie che rientrano nel dettato formale delle regole anti-trust sono pertanto illegittime senza che occorra valutarne gli effetti economici³⁵.

Quest'ultima considerazione permette di passare all'esame delle altre principali linee di pensiero circa le finalità del diritto della concorrenza³⁶. La differenza più significativa è infatti rappresentata dalla diversa importanza attribuita alla prospettiva economica. Secondo tale impostazione il diritto della concorrenza non intende proteggere le libertà economiche degli individui ma piuttosto garantire l'efficienza del mercato. Di tale concetto si possono peraltro dare varie interpretazioni. Nella scienza economica si individuano infatti almeno tre categorie di efficienza: la c.d. efficienza allocativa, produttiva e dinamica³⁷. Tutte e tre le nozioni sono rilevanti dal punto di vista del diritto della concorrenza e ciascuna di esse può portare a interpretazioni fra loro configgenti delle regole anti-trust³⁸.

A prescindere da tale considerazione, un primo approccio "economico" si concentra sulla struttura dei mercati quale presupposto per migliorarne l'efficienza. L'assunto è che l'organizzazione del mercato influenza il comportamento delle imprese che vi operano. Le condotte degli operatori economici determinano a loro volta la *performance* economica del mercato stesso. Vi è quindi un nesso diretto fra struttura ed efficienza³⁹. A tale conclusione arriva la c.d. scuola di

³⁵ Anche perché «[e]conomic efficiency as a generic term for growth, for the encouragement and development of technical progress and for allocative efficiency, is but an indirect and derived goal» rispetto alla protezione delle libertà fondamentali e del processo competitivo, tanto che «[i]t results generally from the realisation of individual freedom of action in a market system» (cfr. W. MÖSCHEL, *Competition Policy*, cit., 147).

³⁶ Prendere in considerazione soltanto tre linee di pensiero circa le finalità della politica di concorrenza rappresenta senza dubbio una riduzione per difetto rispetto alla realtà. Per dare idea dell'eterogeneità delle linee interpretative fornite da economisti e filosofi circa gli obiettivi cui dovrebbe essere ispirato il diritto della concorrenza è sufficiente richiamare T. TÖTH, *Is There a Vatican School for Competition Policy?*, in *Loy. U. Chi. LJ*, 2015, 583.

³⁷ In estrema sintesi, l'efficienza allocativa affronta la questione del trasferimento delle risorse dai soggetti in surplus a quelli in deficit. Tale efficienza si raggiunge pertanto quando il meccanismo dei prezzi fa sì che le risorse siano nella disponibilità dei soggetti capaci di darne la massima valorizzazione. L'efficienza produttiva si interroga invece sul rapporto fra input e output utilizzati da una determinata impresa, e cioè sul rapporto fra le risorse utilizzate e i beni prodotti. La nozione si pone dunque in una prospettiva più ristretta rispetto a quella dell'efficienza allocativa e si raggiunge quando determinate economie di scala permettono di produrre una data quantità di output impiegando la minor quantità possibile di input. È quindi efficiente l'impresa che utilizza risorse il cui prezzo è inferiore a quello utilizzato da altre imprese per la produzione della stessa quantità di beni. Sia l'efficienza allocativa che quella produttiva sono nozioni statiche. Fotografano cioè la situazione di una data impresa o di un determinato mercato in un singolo momento storico. A tale staticità si contrappone la visione immaginata dalla c.d. efficienza dinamica. Quest'ultima concerne infatti la capacità di innovare e sviluppare nuove tecnologie sia dal punto di vista della singola impresa che da quello di interi settori produttivi.

³⁸ Cfr. ad esempio R.J. VAN DEN BERGH, P.D. CAMESASCA, *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, Londra, 2006, spec. 29.

³⁹ Infatti, «[t]he main result of this so-called Harvard School, that dominated the industrial eco-

Harvard sulla scorta dell'analisi delle due ipotesi estreme di organizzazione dei mercati (il monopolio e la c.d. concorrenza perfetta⁴⁰) nella loro versione più realistica (concorrenza monopolistica e oligopolio)⁴¹. Le imprese che hanno potere di mercato (unilaterale o collettivo⁴²) sono incentivate ad adottare comportamenti inefficienti per trarre vantaggio dalla posizione dominante⁴³. Le condotte delle imprese sono invece più efficienti nei mercati aperti e concorrenziali. L'obiettivo della politica antitrust diviene quindi quello di evitare l'eccessiva concentrazione dei mercati.

La finalità proposta dalla scuola di Harvard è pertanto simile a quella immaginata dalla scuola ordoliberalista. La tutela della struttura del mercato e quella del processo competitivo si basano infatti sul medesimo obiettivo e cioè il mantenimento di un mercato popolato dal maggiore numero possibile di operatori eco-

*nomics scene for many years, is the Structure-Conduct-Performance (S-C-P) paradigm», secondo il quale «market structure determines companies' market behavior which in turn determines market performance» (cfr. L. PEEPKORN, V. VERouden, *The Economics of Competition*, cit., 5). La scuola di Harvard è quindi basata su un approccio economico al diritto antitrust, laddove «scol suo paradigma da struttura cogente nei riguardi della condotta e, a spiovere, della prestazione e con la sua inclinazione ad invocare processi di deconcentrazione, [essa] esprimeva un'impostazione di chiara impronta economica, con evidenti ricadute sul piano pratico dell'enforcement» (cfr. R. PARDOLESI, *Analisi economica e diritto antitrust*, cit., 123).*

⁴⁰ In estrema sintesi, il monopolio perfetto si caratterizza per l'elevata frammentazione della domanda e la contestuale presenza di una sola impresa sul lato dell'offerta, la cui posizione dominante è viepiù protetta dalla presenza di barriere all'entrata. Fra le principali caratteristiche che qualificano lo scenario della concorrenza perfetta vi sono (i) l'omogeneità del prodotto, (ii) la trasparenza del mercato e la perfetta informazione dei soggetti che vi operano, nonché (iii) l'assenza di barriere in entrata e in uscita, con la conseguenza che (iv) acquirenti e venditori sono consapevoli che le loro decisioni individuali non hanno alcuna influenza sul prezzo di mercato.

⁴¹ Il riferimento è alla nozione della c.d. *workable competition*, intesa come «*the most desirable form of competition, selected from those that are practically possible, within the limits set by conditions which we cannot escape*» (cfr. J.M. CLARKE, *Toward a concept of workable competition*, in *Am. Ec. Rev.*, 1940, 241, spec. 242).

⁴² Infatti, «*le imprese partecipanti ad un'intesa cercano di comportarsi come un monopolista collettivo, massimizzando il loro prodotto congiunto*» (cfr. L. PROSPERETTI, *Prova e valutazione del danno antitrust. Una prospettiva economica*, in *MCR*, 2008, 527, spec. 531). Sulla diversa nozione di dominanza collettiva v. invece, E. CANNIZZARO, L.F. PACE, *Le politiche di concorrenza*, cit., 343; N. PETTIT, *Re-Pricing through Disruption in Oligopolies with Tacit Collusion: A Framework for Abuse of Collective Dominance*, in *World Comp.*, 2016, 119; M. FILIPPELLI, *Collective Dominance and Collusion – Parallelism in EU and US Competition Law*, Cheltenham-Northampton, 2013; R. GJENDEMSJØ, E.J. HJELMENG, L. SØRGARD, *Abuse of collective dominance: the need for a new approach*, in *World Comp.*, 2013, 355.

⁴³ In sintesi, le situazioni di monopolio (individuale o collettivo) determinano fra l'altro (i) lo sfruttamento dei consumatori, mediante la restrizione della produzione e l'aumento dei prezzi, (ii) il verificarsi di un danno sociale irrecuperabile, mediante la mancata realizzazione di determinate transazioni (c.d. *deadweight loss*), (iii) un pregiudizio alla c.d. efficienza dinamica, poiché le imprese monopoliste hanno meno incentivi all'innovazione tecnologica (anche per ulteriori riferimenti, cfr. H.R. VARIAN, *Intermediate Microeconomic. A Modern Approach*, New York-Londra, 2003, spec. 425).

nomici. L'obiettivo comune si traduce in un approccio favorevole alle piccole e medie imprese e a una struttura di mercato aperta⁴⁴.

La *ratio* è però completamente differente: la prima avversa il potere di mercato perché lo considera inefficiente dal punto di vista economico⁴⁵; la seconda perché lo ritiene una minaccia alle libertà economiche individuali⁴⁶.

L'efficienza ha un ruolo ben più determinate nell'impostazione microeconomica seguita dalla c.d. scuola di Chicago⁴⁷. Da un lato, tale linea di pensiero minimizza la rilevanza del nesso tra efficienza e struttura dei mercati suggerito dalla scuola di Harvard⁴⁸. Dall'altro lato, viene criticato l'approccio formalistico della scuola ordolibérale. Ne deriva una teorica della concorrenza fondata in via esclusiva sul c.d. approccio economico⁴⁹, il cui pilastro è rappresentato dall'analisi degli effetti delle condotte delle imprese sul grado di efficienza dei mercati e sul livello di benessere.

Efficienza e benessere sono infatti gli unici obiettivi cui deve essere finalizzata la politica antitrust⁵⁰ e nessuna condotta può essere censurata se non pregiu-

⁴⁴ Anche per tale ragione, l'espressione approccio strutturale è utilizzata nel prosieguo del presente lavoro con riferimento a entrambe le scuole di pensiero.

⁴⁵ La scuola di Harvard persegue infatti «*economic aims like distribution equity, consumer sovereignty, optimal factor allocation, adaptation flexibility, technological progress, decentralisation of power as well as meta-economics aims*» (cfr. D. HILDEBRAND, *The European School*, cit., 3). Tanto che «*[e]conomic arguments were considered familiar by antitrust scholarship even before the Chicago school revolution, which did not introduce them, but simply increased their pre-existing stance*» (cfr. F. CINTIOLI, *The interpretation of competition law between the legal method and the economic approach*, in DUE, 2007, 873, spec. 877).

⁴⁶ Cfr. W. MÖSCHEL, *The Proper Scope of Government Viewed from an Ordoliberal Perspective: The Example of Competition Policy*, in JITE, 2001, 4.

⁴⁷ Si afferma infatti che «*[e]conomic efficiency, the pursuit of which should be the exclusive goal of the antitrust laus*» (cfr. H. HOVENKAMP, *Antitrust Policy After Chicago*, in Mich. L. Rev., 1985, 213, spec. 226; fra i contributi più influenti, v. anche G.J. STIGLER, *The Organization of Industry*, Chicago, 1968; W.M. LANDES, R.A. POSNER, *Market Power in Antitrust Cases*, in HLR, 1981, 937; R.A. POSNER, *Antitrust Law*, Chicago, 1976. R.A. POSNER, *The Social Cost of Monopoly*, in JPE, 1975, 807). In argomento v. anche J.J. FLYNN, *The Reagan Administration's Antitrust Policy, "Original Intent" and the Legislative History of the Sherman Act*, in Ant. Bull., 1988, 259.

⁴⁸ Secondo la Scuola di Chicago, infatti, «*the casual link is not between high concentration [...] and high profits*» ma piuttosto fra concentrazione ed efficienza laddove «*increased firm size leads to increased efficiency, which in turn leads to market concentration and ultimately to possibly higher profits*» (cfr. L. PEEPKORN, V. VERouden, *The Economics of Competition*, cit., 7).

⁴⁹ In effetti, tale concezione della politica della concorrenza «*has come to be referred in Europe as the "more economic approach"*» (cfr. D.J. GERBER, *Two Forms of Modernization in European Competition Law*, in Fordh. ILJ, 2008, 1235, spec. 1247).

⁵⁰ Per la Scuola di Chicago, infatti, «*efficiency and consumer welfare are not the criteria on the basis of which the conformity of the behaviour of the parties to the pursued aim of competition law, ie the preservation of a competitive market should be evaluate. They are instead the very same final objectives of the law*» (cfr. A. PERA, *Changing Views of Competition*, cit., 141). A determinate condizioni, i due termini si possono peraltro considerare sinonimi, e in particolare con riguardo al binomio efficienza allocativa e *consumer welfare* (inteso come benessere totale): infatti, «*[c]ompetition must be under-*

dica tali parametri. Ciò è vero anche con riguardo alle operazioni che comportano la concentrazione del potere di mercato⁵¹. In tal modo si possono infatti garantire economie di scala che possono a loro volta aumentare l'efficienza (quantomeno produttiva) delle imprese e, quindi, il livello di benessere.

Al pari della nozione di efficienza, anche quella di benessere può essere peraltro variamente declinata. Con ulteriori incertezze circa le finalità della politica di concorrenza. Al c.d. benessere collettivo (o totale) si può infatti contrapporre il c.d. benessere dei consumatori. La prima nozione si basa sulla somma del c.d. surplus dei produttori e del c.d. surplus dei consumatori⁵². La seconda nozione è invece parametrata sul solo surplus dei consumatori. Se la politica antitrust viene finalizzata al primo parametro il suo scopo diviene quello di massimizzare l'efficienza (*in primis* allocativa) dei mercati senza alcuna preoccupazione per la distribuzione del surplus⁵³. Nel secondo caso l'obiettivo diviene invece quello di garantire che una parte del surplus complessivo ottenuto grazie al perseguimento del benessere totale (e quindi dell'efficienza allocativa) sia riservata ai consumatori⁵⁴.

Nonostante le differenze, entrambe le prospettive vengono sovente ricomprese sotto l'etichetta del c.d. *consumer welfare*⁵⁵. Se nel secondo caso la ragione

stood as the maximization of consumer welfare or, if you prefer, economic efficiency» (cfr. R.H. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Oxford, 1993, spec. 427).

⁵¹ Il punto è particolarmente chiaro in alcune sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti, fra le quali *Credit Suisse USA LLC v. Billing*, 127 S. Ct. 2383 (2007) e *Verizon Comm. Inc. v. Law Offices of Curtis, LLP*, 540 US 398 (2004). Pertanto, «*quelli che prima erano considerati possibili obiettivi fondamentali del diritto antitrust, divengono oggetto di dileggio»* e in particolare lo diviene «*l'insieme delle tesi che assumono come obiettivo il contenimento del potere delle grandi imprese private, in tutte le diverse varianti che fanno riferimento a ragioni politiche (il potere privato come pericolo per la democrazia) a ragioni economiche (il monopolio privato come male in sé) o a esigenze di difesa di certi equilibri e stili di vita (come la protezione della piccola impresa)»* (cfr. F. DENOZZA, *Il progetto teorico dell'analisi economica del diritto antitrust e il suo fallimento*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Vent'anni di antitrust*, cit., 137, spec. 140).

⁵² Il primo corrisponde al profitto ottenuto dai produttori grazie alla differenza fra (i) il prezzo di vendita dei beni prodotti e (ii) il più basso costo di produzione dei medesimi. Il secondo corrisponde alla differenza fra (i) il prezzo di vendita dei beni e (ii) il più alto prezzo che i consumatori sarebbero disposti a pagare per i medesimi.

⁵³ Tanto che, «*[c]onsumer welfare, in this sense, is merely another term for the wealth of the nation»* (cfr. R.H. BORK, *The Antitrust Paradox*, cit., 90).

⁵⁴ L'obiettivo finale della politica antitrust è «*the enhancement of aggregate social wealth (economic efficiency) subject to the constraint that consumers shall receive an appropriate share of such wealth»*, ossia «*a blending of efficiency and consumer welfare»* (cfr. J.F. BRODLEY, *The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress*, in *NYULRev*, 1987, 1020, spec. 1023; fra i molti, v. anche R.H. LANDE, *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: the efficiency Interpretation Challenged*, in *Hastings LJ*, 1982, 873; S.C. SALOP, *Question: What is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: the True Consumer Welfare Standard*, in *Loy. Cons. L. Rev.*, 2010, 336).

⁵⁵ L'uso e «*[i]l successo del concetto di benessere del consumatore come fine esclusivo della normativa antitrust [sono quindi] un buon esempio di eterogenesi dei fini»* (cfr. A. PERA, *Le relazioni*

è intuitiva, per il primo occorre un chiarimento. Tale approccio qualifica infatti come consumatori tutti gli attori economici attivi sul mercato e non vi è quindi distinzione fra produttori e consumatori in senso stretto⁵⁶. La distribuzione di ricchezza da produttori a consumatori viene anzi considerata un'istanza populista: si basa infatti su scelte arbitrarie e non coerenti con il razionale dell'efficienza allocativa⁵⁷. Secondo tale impostazione (che è poi quella della scuola di Chicago) garantire il benessere complessivo equivale dunque a perseguire il *consumer welfare*. E ciò sebbene i consumatori (in senso stretto) ne possano uscire danneggiati⁵⁸.

Fra l'altro, la scuola di Chicago è quindi insensibile al – e dunque strutturalmente inadeguata ad affrontare il – tema della diseguaglianza sociale e dell'equità dei mercati⁵⁹, ritenendole questioni estranee alla politica di concorrenza. Tale opinione non appare convincente. Comunque le si guardi, le regole antitrust sono finalizzate a tutelare la concorrenzialità dei mercati. Tale obiettivo presuppone il mantenimento di un livello minimo di parità di opportunità fra operatori economici. La parità rimane sulla carta se la struttura – non solo di mercato ma

pericolose: antitrust e interesse dei consumatori, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Vent'anni di antitrust*, cit., 1165, spec. 1172). Il termine *consumer welfare* ha infatti «*several interpretations and it has often been misinterpreted or even misunderstood in competition law analysis*» (cfr. K.J. CSERES, *The Controversies of the Consumer Welfare Standard*, in *Comp. L. Rev.*, 2007, 121, spec. 122). Tanto da farne «*the most abused term in modern antitrust analysis*» (cfr. J.F. BROADLEY, *The Economic Goals of antitrust*, cit., 1032).

⁵⁶Ne deriva che i «*producers (limited group) are perceived to be equal to the “true consumers” (vast group)*» (cfr. D. DE SMET, *The diametrically opposed principles of US and EU antitrust policy*, in *ECLR*, 2008, 356, spec. 358).

⁵⁷Premesso infatti che la salvaguardia del benessere dei consumatori «*has no basis in welfare economics and can be justified on equity grounds only*» (cfr. R.J. VAN DEN BERGH, P. GAMESASCA, *European Competition Law*, cit., 37), si osserva che «*[p]opulist complain that monopolization transfers wealth from consumers to the stockholders of monopolistic firms, a redistribution that goes from the less to the more wealthy. The transfer, unlike the restriction in output that monopoly pricing entails, has no direct effect on efficiency*» (cfr. R.A. POSNER, *Antitrust Law*, Chicago, 2001, spec. 24). Del resto, «*[p]rivilegiare il consumatore è già una scelta redistributiva*» laddove, se si distingue fra benessere complessivo e benessere dei consumatori, «*[i]l surplus dei consumatori ignora i vantaggi per gli azionisti dell'impresa monopolistica, vantaggi che invece contribuiscono a definire il benessere aggregato, su cui si articolano le valutazioni propriamente efficientistiche*» (R. PARDOLESI, *Non rinunciamo a provarci. Tavola rotonda su J.B. Baker e S.C. Salop, Antitrust, politica della concorrenza e disuguaglianza*, in *MCR*, 2016, 145, spec 151).

⁵⁸Si osserva quindi che «*[p]ersino il conflitto tra imprese e consumatori, la cui regolazione potrebbe intuitivamente apparire come l'oggetto più immediato del diritto antitrust [...] sparisce del tutto nelle tesi che attribuiscono al diritto antitrust il compito di massimizzare il benessere sociale complessivo, e quindi il benessere congiunto di produttori e consumatori*» (cfr. F. DENOZZA, *Il progetto teorico dell'analisi economica*, cit., 140).

⁵⁹Cfr. T. PIKETTY, *Capital in the Twenty-First Century*, Harvard, 2014; A. ATKINSON, *Inequality: What Can Be Done?*, Harvard, 2015; J. STIGLITZ, *The Price of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future*, Norton & Company, 2012; D. RODRIK, *The globalization paradox*, Oxford, 2011; B. MILANOVIC, *Global Inequality: A New Approach for the Age of Globalization*, Harvard, 2016.

anche – del tessuto sociale si caratterizza per un'eccessiva disuguaglianza nella distribuzione di risorse.

Anche a valle delle rilevanti dimensioni assunte dal fenomeno, si evidenzia allora la connessione fra regole di concorrenza, equità dei mercati e riduzione della disuguaglianza⁶⁰, suggerendosi in sostanza una sorta di “ritorno alle origini” dell'antitrust⁶¹. La pretesa estraneità del tema della disuguaglianza rispetto alla teorica antitrust viene criticata proprio in virtù dell'osservazione secondo cui tale divario (anche) sociale assume dimensioni più rilevanti in quegli ordinamenti in cui l'*enforcement* delle regole antitrust risulta poco vigoroso: la disuguaglianza appare quindi condizione riconducibile (anche) alla scarsa intensità con cui viene supportata la concorrenzialità e l'equità dei mercati⁶².

⁶⁰Cfr ad esempio L. KHAN, S. VAHEESAN, *Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and its discontents*, in *HLPR*, 235; J.B. BAKER, S.C. SALOP, *Antitrust, politica della concorrenza e disuguaglianza*, in *MCR*, 2016, 7. Pur prospettando diverse soluzioni in merito al ruolo che le regole di concorrenza potrebbero, dovrebbero o non dovrebbero (per quest'ultima prospettiva v. D.A. CRANE, *Antitrust and Wealth Inequality*, in *Corn. L. Rev.*, 2016, 1171) svolgere nel tentativo di ridurre la crescente disuguaglianza si osserva ad esempio che «[n]on che l'antitrust e ciò a cui esso mira, il mercato concorrenziale, siano per loro natura estranei (come qualcuno pensa) al grande tema del riequilibrio economico e sociale» (cfr. G. AMATO, *Non tocca all'antitrust. Tavola rotonda su J.B. Baker e S.C. Salop, Antitrust, politica della concorrenza e disuguaglianza*, in *MCR*, 2016, 145). Infatti, «la «dominazione monopolistica od oligopolistica dei mercati», frutto del deterioramento della tensione competitiva, oper[la] come fattore che concorre al tracollo sociale sull'onda di una concentrazione di potere economico che ridonda in potere politico» (cfr. R. PARDOLESI, *Non rinunciamo a provarci*, cit., 148-149). Peraltro, anche chi ritiene che l'uguaglianza non dovrebbe assurgere a obiettivo interno alla politica di concorrenza (principalmente poiché tale scelta finirebbe «per introdurre elementi altamente discrezionali da parte del policy maker, del tutto sganciati dal paradigma dell'efficienza paretiana, il quale permette confronti e misurazioni tra stati del mondo alternativi, altrimenti difficili da realizzare») rileva nondimeno che «[c]iò non vuol dire ovviamente che la (crescita della) disuguaglianza non sia un fenomeno preoccupante in grado anche di distruggere mercati concorrenziali» (cfr. A. NICITA, *Il rischio di una discrezionalità eccessiva. Tavola rotonda su J.B. Baker e S.C. Salop, Antitrust, politica della concorrenza e disuguaglianza*, in *MCR*, 2016, 145, spec. 153).

⁶¹Viene in tal senso richiamata la posizione espressa dinanzi al Congresso statunitense dal Senatore John Sherman al momento dell'adozione del c.d. *Sherman Act* del 1890 (cfr. *An Act to Protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies*, del 2 luglio 1890, ch. 647, 26 Stat. 209 (1890), piuttosto netta nell'affermare che «[i]f we will not endure a king as a political power, we should not endure a king over the production, transportation, and sale of any of the necessities of life. If we would not submit to an emperor, we should not submit to an autocrat of trade, with power to prevent competition and to fix the price of any commodity» (cfr. Sen. J. SHERMAN, 21 Cong. Rec. 2457, citato in F.M. SCHERER, *The Posnerian Harvest separating wheat from chaff*, in *Yale L. Rev.*, 1977, 974, spec. 980). D'altronde, oltre a essere un problema economico, la disuguaglianza sociale è al tempo stesso «un problema serio dal punto di vista politico», laddove in particolare «la concentrazione della ricchezza facilita (come aumento dei vantaggi conseguibili e dunque degli incentivi, nonché prosaicamente della massa d'urto) il controllo del sistema democratico da parte dei gruppi di interessi – storicamente una delle forze propulsive della legislazione antitrust» (cfr. C. OSTI, *Perché no?. Tavola rotonda su J.B. Baker e S.C. Salop, Antitrust, politica della concorrenza e disuguaglianza*, in *MCR*, 2016, 145, spec. 159).

⁶²Con riguardo all'esperienza statunitense, si osserva in effetti che «monopoly and oligopoly are the result of conscious policy and political choices, tracing back to an intellectual movement in

Vale la pena anticipare che la dir. (UE) n. 2019/1 menziona espressamente l'equità e il mantenimento della struttura aperta dei mercati fra gli obiettivi dell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE⁶³.

2.1. (segue): la rilevanza degli obiettivi sostanziali della politica di concorrenza ai fini della complementarità fra applicazione pubblica e privata delle regole di concorrenza. Primi cenni

Si è detto che la scelta fra le finalità cui può essere orientata la politica di concorrenza incide sull'applicazione pratica della relativa normativa con conseguenze che si riflettono (anche) sulla dialettica fra *private* e *public enforcement*⁶⁴. Alcuni aspetti di tale rapporto presuppongono ulteriori chiarimenti circa gli obiettivi del sistema di *enforcement*⁶⁵ e saranno dunque esaminati in seguito. Di altre questioni si può invece dare brevemente conto fin da ora.

Il *favor* verso la tutela della concorrenza come istituzione rende innanzitutto indispensabile la presenza di un versante pubblico nel sistema di *enforcement*. La protezione del processo competitivo e della struttura di mercato implica infatti che talune condotte siano vietate a prescindere dalle loro effettive conseguenze nei confronti di soggetti terzi⁶⁶. Vi sono in altri termini illeciti anticoncorrenziali che non cagionano alcun danno (privato) e che non sarebbero quindi perseguiti mediante gli strumenti del solo *private enforcement*⁶⁷: se non vi è

the 1960s, advanced by the courts in the late 1970s, implemented systematically by the administration of President Reagan in the 1980s, and followed by subsequent administrations ushered in a radical revision of the antitrust laws that previously promoted competitive markets» (cfr. L. KHAN, S. VAHEESAN, *Market Power*, cit., 236).

⁶³ Cfr. considerando n. 1 direttiva n. (UE) 2019/1, cit.

⁶⁴ E ciò perché «[t]he assumption embodied in the “more economic approach movement” is, however, that neo-classical economics itself provides the norms and goals for European competition law and that it also furnishes the principal methods for applying those norms. It is this more fundamental and far-reaching aspect of the use of economics that represents the core of the “more economic approach”» (cfr. D.J. GERBER, *Two Forms of Modernization*, cit., 1247).

⁶⁵ *In primis*, in merito alla funzione deterrente e a quella compensativa (sul punto v. *infra* i §§ 3.1 e 4 in questo Capitolo).

⁶⁶ Ogni violazione offende infatti il gioco della concorrenza e deve essere perseguita per tutelare la libertà degli operatori economici e dei consumatori. O viceversa, «[o]gni limitazione della libertà commerciale [viene] così a rappresentare una virtuale limitazione della concorrenza» (cfr. R. PARDOLESI, *Analisi economica e diritto antitrust*, cit., 129). La prospettiva non cambia se l'obiettivo è la protezione della struttura del mercato, neppure se tale nozione viene interpretata come riferimento al pensiero della scuola di Harvard. Anche secondo tale impostazione, infatti, «*decisions rules [are] focused not on actual or potential effects of practices on competition, but rather on their characteristic: as long as they [lead] to a reduction in the autonomy of the agents there [is] a risk that competition would be restricted»* (cfr. A. PERA, *Changing Views of Competition*, cit., 136).

⁶⁷ È vero che, in linea di principio, «*la stessa violazione turba l'ordine economico, ma danneggia altresì uno o più soggetti privati»* (cfr. A. FRIGNANI, *Diritto della concorrenza. L'insufficienza dei modelli*

danno (privato) non vi è risarcimento né interesse ad agire in giudizio⁶⁸.

Anche in tale prospettiva si spiega la tradizionale preferenza dell'ordinamento dell'Unione per un sistema di controllo a matrice amministrativa⁶⁹: come si vedrà⁷⁰, infatti, al netto di alcune oscillazioni, la tutela del processo concorrenziale e della struttura di mercato costituisce l'obiettivo principale cui è finalizzata la politica di concorrenza dell'Unione; ed è alla luce di tale imperativo che devono pertanto essere valutate anche la dir. 2014/104/UE e la dir. (UE) n. 2019/1, nonché la coerenza sistematica fra tali strumenti normativi.

Individuare la protezione della concorrenza come istituzione quale paradigma teleologico delle regole antitrust ha però ulteriori conseguenze. Una delle più rilevanti riguarda la presunta divergenza di obiettivi fra *public* e *private enforcement*: secondo una linea di pensiero, mentre l'azione pubblica perseguirebbe l'interesse generale, l'azione privata sarebbe invece finalizzata al diverso obiettivo di vendicare i diritti dei concorrenti e dei consumatori lesi dall'illecito antitrust. Le due finalità sarebbero fra loro inconciliabili⁷¹ e il *private enforcement* finirebbe quindi per danneggiare il corretto funzionamento della politica

sanzionatori classici e obiettivi dei nuovi modelli. Public and private enforcement, in DCI, 2008, 111, spec. 117). Tuttavia, si osserva che «[a]lcune infrazioni antitrust [...] producono rilevanti danni sociali ma non altrettanto chiari danni ai privati. Intese aventi oggetto ma non effetti anticoncorrenziali, ad esempio, non danno di solito luogo a danni risarcibili. Addirittura, anche intese sui prezzi aventi effetti anticoncorrenziali possono non dar luogo a danni [...]. Analoghe considerazioni valgono per alcune infrazioni riconducibili all'abuso di posizione dominante» (cfr. F. TIRIO, *Le autorità indipendenti*, cit., 25-26, spec. nota 44). In altri termini, «[c]ompetition law, while ultimately concerned with the interests of consumers and with consumer welfare in general, does not require proof of direct harm to consumers in order for its prohibitions to bite. In fact it is arguably enough to state that competition law is concerned with the protection of the "competitive process"» (cfr. P. MARSDEN, P. WHELAN, "Consumer Detriment" and its Application in EC and UK Competition Law, in ECLR, 2006, 569, ivi).

⁶⁸ Con riguardo all'ordinamento dell'Unione, si osserva infatti che l'enforcement degli artt. 101 e 102 TFUE «should not be made conditional upon the proof of any (consumer) harm. As not every infringement of EU competition law causes harm, one needs an enforcement system that is not conditional on the existence of any harm. [...] a claim for damages is generally conditional on the establishment of harm [...] Therefore, public enforcement cannot be exchanged for private enforcement without fundamental changes. It follows from the above that the accumulation of liability in parallel public and private enforcement proceedings is an inherent feature of EU competition law» (cfr. M.J. FRESE, *Fines and Damages under EU Competition Law: Implications of the Accumulation of Liability*, in *World Comp.*, 2011, 397, spec. 412).

⁶⁹ Come si vedrà meglio in seguito (cfr. *infra* Capitolo III), «nell'Unione europea il public enforcement del diritto antitrust, basato su procedimenti svolti dalla Commissione europea e dalle autorità nazionali di concorrenza a tutela dell'interesse generale, ha tradizionalmente costituito il canale prevalente per assicurare il rispetto del divieto delle intese restrittive e dell'abuso di posizione dominante» (cfr. G. BRUZZONE, A. SAIJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine?*, in MCR, 2017, 9, spec. 10).

⁷⁰ Cfr. *infra* Capitolo II spec. § 4.

⁷¹ Nel senso che «[I]itigants in antitrust cases, like other economic actors, seek to benefit themselves, not to promote social welfare [thus] [n]o litigant's personal agenda will correspond fully with the social agenda» (cfr. J.F. BRODLEY, *Antitrust Standing in Private Merger Cases: Reconciling Private Interest and Public Enforcement Goals*, in *Mich. L. Rev.*, 1995, 1, spec. 45).

di concorrenza, potendo dissuadere le imprese dal compimento di condotte potenzialmente efficienti⁷².

La critica non convince e la ragione sta proprio nel carattere dirimente del pregiudizio alla concorrenza come istituzione⁷³. Nel corso delle azioni civili, per i privati non è infatti sufficiente allegare che la condotta di un'impresa ha cagionato loro un danno. Piuttosto, si deve dimostrare che la condotta in discussione pregiudica anche il processo concorrenziale o la struttura del mercato⁷⁴. Il diritto antitrust rimane infatti indifferente ai danni – pur causati da un'impresa, eventualmente anche dominante, a consumatori e concorrenti – che non sono diretta conseguenza di una restrizione concorrenziale⁷⁵.

Anche se strumentali alla distribuzione di interessi privati, i giudizi civili sono dunque funzionali alla tutela della concorrenza come istituzione e sono quindi compatibili con l'interesse pubblico sotteso a tale risultato. Ciò non significa che il *private enforcement* si possa sviluppare senza alcuna limitazione, ma piuttosto che non vi è incompatibilità di principio fra azione pubblica e pri-

⁷² E *in primis*, le condotte che danno luogo a una c.d. violazione efficiente dove il danno cagionato, se esiste, è inferiore ai benefici per il benessere sociale (sul punto v. *infra* § 3.1 in questo Capitolo).

⁷³ La critica è infatti di regola strutturata come segue. Premesso che, (i) mentre i «*public enforcers are portrayed as maximizers of social welfare*», (ii) «*private plaintiff is typically motivated by the potential monetary awards*», si osserva che i «*private parties' incentives to sue for compensatory awards and the resulting deterrence diverge from social optimality*». Infatti, (i) mentre «*[a] damaged party will not sue following socially inefficient actions (i.e. actions whose benefits fall short of the harm) if the damages fall short of litigation costs*», (ii) essa invece «*may want to litigate even for actions that are socially efficient (e.g. their benefits to the "violators" exceed the harm)*». Ciò determina l'esistenza di un ingente contenzioso antitrust «*for actions that actually have a net external benefit*» (cfr. I. SEGAL, M. WHINSTON, *Public vs. Private Enforcement cit.*, 308). Quanto sopra può essere vero se si assume che il diritto antitrust sia finalizzato all'efficienza e al *consumer welfare* (quale somma del surplus di consumatori e produttori). Perde invece di significato, almeno in parte, se l'obiettivo della politica antitrust è identificato con la tutela della concorrenza in quanto istituzione. Infatti, non ci può essere alcun «*net external benefit*» tale da giustificare una restrizione alla struttura del mercato o al processo competitivo, atteso che il benessere della parte danneggiata e del trasgressore non sono parametri rilevanti. Non vi sono in altri termini violazioni efficienti.

⁷⁴ Al contrario, se l'obiettivo della politica di concorrenza è la promozione del *consumer welfare*, il pregiudizio al processo concorrenziale perde la propria efficacia dirimente. Secondo tale impostazione, infatti, «*l'apparato concorrenziale dovrebbe intervenire, almeno teoricamente, solo laddove sia possibile individuare con sufficiente certezza una relazione causale con un prevedibile danno ai consumatori*» (cfr. H. SCHWEITZER, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini confliggenti?*, in MCR, 2009, 384, spec. 387).

⁷⁵ In altri termini, «*[p]rotection of private rights cannot by itself set in motion the protection of free competition, since the law as it stands is indifferent to harm caused to a specific person, unless that harm is the consequences of a certain practice whose object or effect is the distortion-prevention-restriction of effective competition in the market*» (cfr. A.P. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Oxford-Portland, 2008, 13-14).

vata⁷⁶. Il ruolo da assegnare ai due versanti dipende quindi da valutazioni di opportunità da effettuare a livello degli altri piani funzionali, e in particolare con riguardo alla funzione deterrente e compensativa.

La necessaria dimostrazione di un pregiudizio al processo competitivo o alla struttura del mercato consente di passare all'ultima questione. Una delle principali differenze fra approccio economico e strutturale riguarda infatti le modalità di redazione delle regole di responsabilità⁷⁷ e di accertamento delle violazioni⁷⁸, e in particolare il regime dell'onere della prova⁷⁹. Sotto tale profilo, una delle questioni principali riguarda la nota distinzione fra c.d. *per se rules* e *rules of reason*⁸⁰.

L'approccio strutturale fa largo affidamento sulla prima categoria⁸¹. Ogni condotta che integra gli estremi previsti dalle regole antitrust è considerata così dannosa per la concorrenza da non poter avere giustificazione e comporta l'imme-

⁷⁶Tale osservazione non sembra condivisa da J. SHAW, *Decentralization and Law Enforcement in EC Competition Law*, in *Legal Studies*, 1995, 128, spec. 158-159) secondo cui l'approccio strutturale scoraggia il ricorso alle azioni civili di risarcimento, nella misura in cui «[p]rivate actions will generally be favoured where competition is seen primarily as a private, market-based matter, with competition policy being correspondingly limited in scope. They will tend to be discouraged where competition policy implies the existence of some element of public interest in the maintenance of a particular type of trading structure (here the integration of national markets)».

⁷⁷Si osserva infatti che il «'[c]onsumer welfare' also can play the role of a guide in the development of legal rules. Considerations of 'consumer welfare' could be important in the formulation of liability rules which themselves might not consider effects on 'consumer welfare'. Practices that almost surely lessen 'consumer welfare' could be declared illegal; practices reasonably likely to lessen 'consumer welfare' could be subjected to a presumption of illegality; and practices likely to enhance 'consumer welfare' could be placed in a safe harbor» (cfr. G.J. WERDEN, *Essays on Consumer Welfare and Competition Policy*, Working Paper, 2009, 7, disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=1352032>).

⁷⁸Infatti, la teorica del *consumer welfare* designa «non soltanto un contenuto, ma una modalità di perseguimento di un dato obiettivo, una procedura la cui conformità a quella voluta dal Trattato deve essere oggetto di severo scrutinio» (cfr. M.C. CORRADI, *GlaxoSmithKline: il diritto antitrust comunitario alla deriva e la necessità di un "salvagente della forma"*, in *Giur. Comm.*, 2008, 87, spec. 97).

⁷⁹Si osserva infatti che la funzione principale del *consumer welfare* «in competition law is to form the framework of reference where liability under competition rules is determined. On the one hand, it provides the standard of proof required from competition agencies and from private individuals in order to prove the negative effects of companies' conduct and thus a violation of the competition rules. On the other, it determines what companies need to bring as evidence to demonstrate positive effects in order to justify their otherwise restrictive conduct on the market» (cfr. K.J. CSERES, *The Controversies of the Consumer Welfare*, cit., 136). Lo stesso vale per gli altri standard applicativi delle regole di concorrenza, quale ad esempio il parametro del pregiudizio al processo competitivo.

⁸⁰In argomento, v. già R.H. BORK, *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division I*, in *Yale LJ*, 1965, 775 e II, in *Yale LJ*, 1966, 373.

⁸¹Si osserva infatti che il risultato operativo della scuola di Harvard (ma anche della scuola di Friburgo) è in sostanza «l'infittirsi di divieti per se» (cfr. R. PARDOLESI, *Analisi economica e diritto antitrust*, cit. 126).

diata attivazione dei divieti. L'approccio economico favorisce invece la seconda categoria⁸². Solo per un numero esiguo di fattispecie rimane la proibizione basata sull'analisi astratta delle caratteristiche formali. Per la maggioranza delle ipotesi è invece necessario condurre un giudizio di ragionevolezza⁸³. Si deve cioè dimostrare (nel corso del procedimento pubblico o privato) che la condotta che si ritiene anticoncorrenziale produce concreti effetti negativi.

La seconda questione riguarda proprio l'elemento da prendere a parametro per provare l'esistenza di tali effetti negativi. Anche nell'approccio strutturale si conosce infatti la distinzione fra restrizioni per oggetto e restrizioni per effetto, e si riconosce quindi l'esistenza di condotte la cui antiggiuridicità non è assoluta ma richiede un'analisi concreta. La differenza con l'approccio economico rimane però piuttosto marcata⁸⁴. Nel primo caso, si richiede infatti di provare l'esistenza di un pregiudizio per la concorrenza, intesa come processo competitivo aperto o struttura di mercato⁸⁵. Nel secondo caso, è invece necessario dimostrare che la condotta produce una riduzione del *consumer welfare*. In assenza di tale prova, la condotta è lecita, anche se le sue caratteristiche strutturali la fanno ricadere nel dettato di una regola antitrust⁸⁶. Si parla in questo senso di c.d.

⁸² Infatti, premesso «*that antitrust policy should be directed toward promoting efficiency, or as some prefer to call it, consumer welfare*» si afferma che «*[t]he "rule of reason" narrows the class of illegal restraints from all those that limit any individual's commercial freedom to those that limit the efficient operation of markets generally*» (cfr. W.H. PAGE, *Antitrust Damages and Economic Efficiency: An Approach to Antitrust Injury*, in *U. Chi L. Rev.*, 1980, 467, spec. 471). Con riguardo all'esperienza nordamericana, si osserva inoltre che «*the substantive law of antitrust has changed over the past thirty years with virtually no per se rules prohibiting anticompetitive conduct outside the area of hard-core price fixing and related conduct*» (cfr. S.W. WALLER, *Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law*, in *World Comp.*, 2006, 367, spec. 372, anche per ulteriori riferimenti).

⁸³ In sintesi, la c.d. *rule of reason* è infatti una «*clausola generale di derivazione giurisprudenziale in forza della quale il rigore dei divieti dettati in materia di intese anticoncorrenziali subisce l'attenuazione della ragionevolezza*» (cfr. L. DI VIA, *Alcune riflessioni sulla rule of reason ed il concetto di consistenza di una restrizione della concorrenza*, in *DCI*, 1996, 289, spec. 289-290).

⁸⁴ Sulla differenza fra *rule of reason* e *per se rule* nella prospettiva europea e statunitense, fra i molti, v. G. D'ATTORRE, *Una ragionevole concorrenza: il ruolo della "rule of reason" dopo la riforma del diritto antitrust comunitario*, in *Giur. Comm.*, 2004, 82.

⁸⁵ Si osserva infatti che «*[c]hi concepisce la concorrenza come rivalità, e quelle antitrust come norme per la protezione di processi e non a garanzia di risultati [...] non è che prescindendo dagli effetti, solo riscontra l'esistenza o l'inesistenza di restrizioni della concorrenza in situazioni in cui i sostenitori della teoria della protezione del consumer welfare giungono a conclusioni diametralmente opposte*» (cfr. F. DENOZZA, A. TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell'«approccio economico»*, cit., 568). In argomento, da ultimo v. anche S. OLIVEIRA PAIS, *Recent developments in the "potential competitor" and "restriction by object" concepts: some reflections on the Lundbeck judgments*, in R. MASTROIANNI, A. ARENA (eds.), *60 Years of EU Competition Law*, cit., 13.

⁸⁶ In estrema sintesi, mentre l'approccio tradizionale al diritto della concorrenza «*aims at, and is based on, the analysis of the interaction among competitors, in order to insure that it is not distorted by the abuse of market power*», nell'ambito del c.d. approccio economico «*the interaction among competitors is no longer important, as long as a certain practice leads to improvements and*

*free-law*⁸⁷. Anche se la condotta in discussione ha effetti *prima facie* negativi per il *consumer welfare* può essere peraltro necessario valutare le sue eventuali esternalità positive in termini di efficienza⁸⁸. Il giudizio di ragionevolezza si basa infatti sul bilanciamento complessivo fra effetti positivi e negativi. Occorre quindi confrontare gli eventuali pregiudizi al benessere dei consumatori (in senso stretto) con gli eventuali benefici per il benessere dei consumatori (intesi quale società⁸⁹).

In definitiva, l'approccio economico complica le attività di *enforcement*⁹⁰, laddove sia l'individuazione che la valutazione delle condotte potenzialmente illecite non si basano sull'analisi delle norme ma richiedono invece complessi esami del loro rapporto costi e benefici in termini di efficienza⁹¹. Il livello di conoscenze tecnico-economiche richieste può quindi scoraggiare lo sviluppo delle

consumer welfare» (cfr. A. PERA, *Changing Views of Competition*, cit., 141). In altri termini, mentre «l'approccio economico si connota per una applicazione della normativa in senso sostanzialista e quindi, come finalità della tutela della concorrenza, pone particolare enfasi sul benessere del consumatore piuttosto che sul processo concorrenziale in sé», secondo l'approccio formale «la compresenza di una determinata pratica anticompetitiva e di un indicatore approssimato di dominanza quale la quota di mercato risulterebbe sufficiente a stabilire l'illiceità di una condotta» (cfr. A. MACCHIATI, *Un'Autorità per giuristi?*, in MCR, 2016, 339).

⁸⁷ Si osserva infatti che «[s]uch an argument paves the way to so-called "free law" – a system based on the personal convictions of the interpreters and not tied to the rules laid down by legal democratic institutions. History teaches us, more generally, about the dangers to which such a perspective could give rise, by opening the door to an ethical, rather than a legal, system of rules. Only linking anti-competitive infringements to the substantial ascertaining of an interest, would entail giving up the proper method that every lawyer has to apply in the name of the Rule of Law» (cfr. F. CINTIOLI, *The interpretation of competition law*, cit., 875).

⁸⁸ Tanto che «[n]on ogni forma di cooperazione pregiudica il gioco della concorrenza, ma solo quelle che mettono capo ad aumenti di prezzo in assenza di giustificazioni efficientistiche» (cfr. R. PARDOLESI, *Analisi economica e diritto antitrust*, cit., 125). È quindi ben possibile che «[t]he merger to monopoly would pass muster under the aggregate economic welfare standard if costs were reduced sufficiently to raise the selling firm's profits by more than the total aggregate harm to consumers» (cfr. S.C. SALOP, *Question: What is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard?*, cit., 337).

⁸⁹ In argomento, fra i molti, v. E. ELHAUGE, *The failed Resurrection of the Single Monopoly Profit Theory*, in CPI, 2010, 167; M. MOTTA, M. POLO, *Antitrust. Economia e politica della concorrenza*, Bologna, 2005, spec. 31.

⁹⁰ In effetti, «by abandoning the legal methods we produce uncertainty. For it is a very difficult task to prevent and predict the infringement. If it depended on the various and changing conditions of the market and on the personal convictions of the Competition Authority inspired by one economic theory or another, it would be too difficult to do. Certainty needs either precise rules or precise principles; it needs stability in the rulings of the Institutions and of the Courts» (cfr. F. CINTIOLI, *The interpretation of competition law*, cit., 875-876).

⁹¹ Nel senso che «[w]hether a given competition action is a violation of antitrust law is often determined by the "rule of reason", which compares the likely social costs and benefits of the action. This is a complicated calculation that requires substantial knowledge of economics and market conditions, and on which even economic and industry experts often disagree. Private parties may be less likely to have such knowledge than a dedicated public agency staffed by experts» (cfr. I. SEGAL, M. WHINSTON, *Public vs. Private Enforcement*, cit., 306).