

## IL RACCONTO DI DUE CULTURE? APPUNTI SUL RUOLO DELLE “EFFICIENZE” NELLA MERGER REGULATION EUROPEA ED AMERICANA\*

**Sommario:** Prendendo le mosse da autorevoli critiche statunitensi a recenti decisioni della Commissione europea in tema di *mergers*, l'articolo affronta il tema del ruolo delle “efficienze”, statiche e dinamiche, eventualmente generate dalle operazioni di concentrazione ai fini della valutazione di compatibilità delle operazioni stesse--con particolare riguardo alla possibilità che dette efficienze facciano da “contrappeso” agli effetti anticompetitivi del *merger*. La trattazione del tema è svolta alla luce della recentissima Proposta della Commissione (dicembre 2002) di una revisione del Regolamento 4064/89. Detta Proposta, e la contestuale *Draft Notice* “on the appraisal of horizontal mergers”, confermano l'evoluzione comunitaria in direzione di un più accentuato *favor* per le operazioni che generino efficienze a vantaggio dei consumatori e, insieme, la sostanziale continuità rispetto ad una linea normativa ed interpretativa che privilegia --attraverso il concetto/limite della “dominanza”-- una difesa della concorrenza fondata anche su elementi di tipo strutturale. Si mettono così a fuoco (ridimensionando talune esasperate contrapposizioni) le effettive differenze fra l'*approach* europeo e quello statunitense. E proprio movendo da tale ricognizione, l'articolo tenta infine di ricostruire i fondamenti dell'odierna impostazione comunitaria, in ordine sia al (diretto e primario) *rationale* economico sia alle ragioni politiche all'origine della disciplina della concorrenza nella CEE, da qui giungendo a negare la caratterizzazione angustamente protezionistica e corporativa che di detta impostazione viene spesso, e con durezza, proposta da oltre Atlantico.

1. La recentissima (11 dicembre 2002) *Draft Notice* della Commissione in tema di “appraisal of horizontal mergers”, presentata contestualmente alla Proposta, in pari data, di una revisione del Regolamento 4064/89<sup>(1)</sup>, offre un'occasione particolarmente ghiotta per aggiornare la riflessione sul rilievo da attribuire alla generazione di “efficienze”<sup>(2)</sup> nella valutazione della compatibilità delle operazioni di concentrazione. Una riflessione che, come è noto, è stata particolarmente stimolata da numerose critiche rivolte da parte americana a recenti decisioni della Commissione UE in materia di fusioni, e soprattutto a *GE/Honeywell* (2001). Partirò quindi da alcuni di tali commenti critici, di giuristi ed economisti, concentrandomi su quelli, particolarmente autorevoli e insieme equilibrati (non tutti lo furono--e lo sono) di George Priest, della Yale Law School<sup>(3)</sup> e di David Evans, senior Vice President di NERA, *National Economic Research Associates*<sup>(4)</sup>

---

\* Scritto destinato agli Studi in onore di Adriano Vanzetti

<sup>1</sup> V. anche, fra gli altri documenti accompagnatori della Proposta, l'*Explanatory Memorandum* (in pari data). Qui mi riferirò soprattutto alla *Notice*, più specifica sul profilo del rilievo delle efficienze, e proprio in relazione alle concentrazioni “orizzontali” (laddove il Regolamento riguarda tutti i tipi di operazione). E' infatti in relazione agli *horizontal mergers* che, come è noto, si ritiene più problematica sia la capacità di generare consistenti efficienze sia la idoneità delle efficienze eventualmente generate di “counteract” gli effetti anticompetitivi dell'operazione (sulla “more benign view” per le operazioni verticali v. M. Riordan, S. Salop, *Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach*, in *Antitrust L.J.*, 1995, 513 s., 522).

<sup>2</sup> *Draft Notice*, par. 87 ss., 91, 92. Sui tipi di efficienze (statiche e dinamiche) considerati, pur implicitamente, dal Regolamento e dalle decisioni della Commissione, sulla loro (diversa) incidenza sul “benessere dei consumatori”, e sul loro rapporto/ “bilanciamento” con gli effetti anticompetitivi dei *mergers* v. da ultimo M. de la Mano, *For the customer's sake: the competitive effects of efficiencies in European merger control*, in *Enterprise papers* N° 11, Enterprise Directorate-General, European Commission, spec. 8 ss., 26 ss.; v. anche il discorso tenuto da Philip Lowe (Direttore generale per la Concorrenza presso la Commissione) all'ultima conferenza annuale di Fordham (30- 31 ottobre 2002) con il titolo “The substantive standard for merger control, and the treatment of efficiencies in merger analysis: an EU perspective” (ivi, Sezione *The treatment of efficiencies*). Per l'inquadramento teorico è d'obbligo F. Denozza, *Antitrust-Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna, 1988, 73 ss. Infine, sulle ambiguità della nozione di “consumer welfare” (quale riferimento teleologico delle efficienze), val la pena di rileggere H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy-The Law of Competition and its Practice*, 2° ed., St. Paul, Minn., 1999, Cap. 2, Sec. 2.3c.

<sup>3</sup> Id., *L'antitrust negli Stati Uniti e in Europa. L'analisi*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002/1, 151 ss.

La coincidenza del cuore della loro critica-- nettamente consonante, nei contenuti essenziali, con quella indirizzata a *GE* da William Kolasky, Deputy Assistant Attorney General della Divisione Antitrust del Dipartimento di Giustizia (DoJ) (<sup>4</sup>)-- appare particolarmente significativa di un diffuso *consensus* statunitense (talora, peraltro, manifestato con toni "caricaturali"<sup>(6)</sup>) circa la *superiorità* dell'antitrust americano rispetto a quello europeo: superiorità argomentata con ragioni che evocano --nelle parole di Giuliano Amato, introduttive del saggio di Priest (<sup>7</sup>) -- "profonde differenze di cultura e di storia".

2. L'essenza di quelle convergenti critiche sta, in sintesi, nell'affermazione che, negli Stati Uniti, la *merger regulation* - e il diritto antitrust *tout court* -- premia la conquista, pur con esiti egemonici, del mercato se realizzata *on merits*, ossia conseguendo efficienze che avvantaggiano i consumatori -- o più esattamente (nella visione *Chicagoan* di Priest), l'economia nel suo insieme -- laddove in Europa l'unione (e più in generale, l'affermazione) delle imprese più competitive è frenata da preoccupazioni di difesa dei concorrenti--leggi: dei concorrenti meno efficienti. Si dice dunque, in sostanza, che mentre nella visione americana la competizione, *unfettered*, può dispiegare tutto il suo potenziale di generazione di efficienze, nella visione europea la gara, e quindi la produzione di risultati più efficienti, è frenata a favore dei concorrenti del più forte, per ragioni appunto protezionistiche estranee a - ed anzi contraddittorie con --- il perseguimento del massimo di efficienza economica: ossia dell'*unico* obiettivo che si riconosce proprio del moderno

---

<sup>4</sup> Id., *The New Trustbusters: Washington and Brussels May Part Ways*, in *Foreign Affairs*, 2002, 14 ss.

<sup>5</sup> Id., *Conglomerate Mergers and Range Effects: It's a Long Way from Chicago to Brussels*, Address, George Mason University Symposium, Washington D.C., Nov. 9, 2001, spec. 3-7 e 23-27. Più approfonditamente v., dello stesso Kolasky, con A. Dick, *The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers*, 2002, in [www.doj.gov](http://www.doj.gov)

<sup>6</sup> E. Fox, *U.S. and European Merger Policy--Fault Lines and Bridges*, in *Concorrenza e mercato*, 2002, 211, 213 ss.

<sup>7</sup> Id., in *MCR*, 2002/1, 8.

Il Professor Priest, nel saggio richiamato, accomuna coerentemente la sostanza della critica mossa a *GE* a quella che egli rivolge all'altra, parimenti celebre, e parimenti contestata decisione della Commissione, *IMS* (2000), in tema di rapporti fra proprietà intellettuale (su standards di informazione) e concorrenza. Decisione che, egli afferma a ragione, non troverebbe spazio nella giurisprudenza americana.

L'accostamento è coerente, dicevo, con l'impostazione critica dell'A. In una prospettiva, infatti, che privilegi le imprese più efficienti (nella specie: nell'innovazione), *IMS* si presta ad essere letta come messaggio ostile ai *leaders* che hanno saputo sviluppare lo standard dominante, in quanto l'innovatore viene penalizzato dall'imposizione di un obbligo di licenza che "affievolisce" il suo *copyright* su detto standard. In questa prospettiva, dunque, risultano ingiustamente, ed "inefficientemente", favoriti i concorrenti del *leader*: i quali, anziché essere spinti a percorrere vie autonome, vengono autorizzati, semplicemente pagando una *royalty*, a mettersi al traino dell'innovatore -- e così vengono protetti dal rischio di uscire dal mercato se incapaci di produrre una innovazione sostitutiva più efficiente.

Naturalmente, questo tipo di critiche svaluta, anzi "esclude", l'altra campana: secondo la quale aprire l'accesso agli standards di comunicazione e informazione attraverso licenze ai concorrenti, allarga i mercati e la concorrenza, sia *up-* che *downstream*, senza privare il leader del premio/incentivo, ossia del vantaggio competitivo attribuito all'innovatore: premio/vantaggio che viene trasformato da potere escludente *tout court* (dove capacità di imporre un prezzo di monopolio) in diritto a percezione di *royalties*, il cui esercizio, oltre a consentire il recupero di costi di innovazione, alza i costi di produzione dei rivali.

Su questo profilo, ed altri, delle differenze fra Europa e USA in tema di *intersection* fra disciplina dei diritti di PI e concorrenza, tornerò in altra sede (per una prima ricognizione v., fra i più recenti, G. Ghidini e V. Falce, *Intellectual Property on Communication Standards: Balancing Innovation and Competition Through the Essential Facilities Doctrine*, in *Dir. Aut.*, 2001, 375 ss.) Qui mi premeva mettere in luce, appunto, il coerente accostamento, da parte di George Priest, della critica di *IMS* a quella mossa a *GE*, ritenute entrambe espressive di un *favor* dei concorrenti del leader; entrambe negatrici dell'accettazione della filosofia del "winner takes all" (se *winner on merits*, naturalmente). Filosofia che, come subito vedremo, tanto Priest che Evans indicano come segno distintivo normativo (e addirittura etico), dell'odierno antitrust statunitense.

antitrust<sup>8</sup>). La contrapposizione è quindi assai netta: in USA, un ethos competitivo dinamicamente darwiniano, ispirato al credo della “distruzione creativa” (Evans); in Europa una statica visione protezionistica degli assetti di mercato.

Ovviamente, a queste conclusioni gli autori citati, ed in particolare il giurista, arrivano attraverso alcune mediazioni tecnico-giuridiche. Quella, anzitutto, della diversità dei criteri che, nei rispettivi ordinamenti, fondano il divieto delle concentrazioni: in Europa, il conseguimento di una dominanza “eccessiva”<sup>9</sup> sul mercato, definita anche da parametri di tipo strutturale; in USA (*Clayton Act*), il *substantial lessening of competition*, SLC, sostanziato nella creazione o nell'incremento di un *market power* inteso essenzialmente in senso “funzionale”<sup>10</sup> e in ultima analisi identificato, nella lettura di Priest<sup>11</sup>, esclusivamente nella frapposizione di “interferenze artificiali” ai processi competitivi forieri di maggiori efficienze. Inoltre—anzi, conseguentemente --

---

<sup>8</sup> Entrambi gli AA. criticano concezioni “multipurpose” dell'antitrust (qui v.G.Rossi, *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. soc.*, 1995, 186) ritenute tipicamente europee (“Brussels sees competition policy as serving multiple objectives--- including protecting small businesses..”: Evans, *ivi*, 17); concezioni che gli Stati Uniti avrebbero abbandonato sin dai primi anni '80 del secolo scorso riconoscendo che “the singular purpose of antitrust is to serve consumers” (*id.*, 16), “...not...to protect bussinesses from competition” (*id.*, 17). L'assunto riflette la visione *Chicagoan* effettivamente dominante sino alla fine della c.d. era Reagan, ma oggi sembra più corretto affermare che -- pur nell'ambito di un approccio essenzialmente economico -- il quadro teorico reale, *post Chicago*, è ben più complesso: “more catholic”, per dirla con H. Hovenkamp, *op.cit.*, 67, al quale rinvio per lo sviluppo del rilievo secondo cui “To this day, the Supreme Court has not come close to saying that economic efficiency is the exclusive concern of the antitrust laws” (*ivi*, 68: e più ampiamente i parr. 2.2. e 2.3, Cap.2). Beninteso, l'approccio c.d. *post Chicagoan* è essenzialmente economico, ma è comunque segnato sia dall'assenza di qualsiasi aprioristica “fiducia” (sostituita da una attenta verifica caso per caso) circa gli effetti virtuosi sulla concorrenza e sui consumatori, derivanti delle strategie e dai comportamenti associati al modello oligopolistico, assunto come tipico, sia dalla valorizzazione (figlia della *wealth transfer doctrine*) dei benefici dei consumatori come distinti da (non “sommabili” a, ovvero “sostituibili” da) quelli conseguiti dalle imprese: distinzione decisiva anche nel bilanciamento tra efficienze ed effetti anticompetitive generati dai comportamenti economici--specie, come ricordato, degli oligopolisti (in questo senso il contributo scientifico di Steve Salop può considerarsi uno sviluppo, *i.a.*, di quello di F.M.Scherer. Cfr. ad es., rispettivamente, *Id.* (con M.Riordan) *Evaluating Vertical Mergers*, ecc. cit; e *Preserving Monopoly: Economic Analysis, Legal Standards and Microsoft*, scritto con Romaine, in *Geo.Mason L.Rev.*, 1999, 617, e --di Scherer, appunto-- *Antitrust, Efficiency, and Progress*, in A.A.V.V., *Revitalizing Antitrust*, etc., cit, 130; e, più di recente, *Some Principles for Post-Chicago Antitrust Analysis*, in *Case Western Resrve L.Rev.*, 2001, 5.

Detto questo, non è morto l'ideale harvardiano “where political and economic pluralism converged” (così, criticamente F.Rowe, *The Decline of Antitrust and the Delusion of Models: The Faustian Pact of Law and Economics*, in *Georgetown L. J.*, 1982, 1511; sulla scuola di Harvard v. ancora *infra*, nota 36). (Anche) sotto questo profilo (su cui v. sinteticamente, *inter alios*, H.First, *Antitrust Law*, in *Fundamentals of American Law*, New York University School of Law, Oxford, 1996, 433, e-- ante Reagan-- R.Pitofsky, *The Political Content of Antitrust*, in *U. Pa.L. Rev.*, 1979, 1051) sono particolarmente significativi i saggi raccolti dallo stesso First, da E.Fox e da R.Pitofsky (tra cui il celebre manifesto del “resistere, resistere, resistere”, scritto da E.Fox con L.Sullivan, *Retrospective and Prospective: Where Are We Coming From? Where Are We Going?*) in *Revitalizing Antitrust in its Second Century--Essays on Legal, Economic, and Political Policy*, New York, Westport.Conn., London, 1991). Ed è poi sempre d'obbligo-- a proposito di trasformazioni/evoluzioni (e ricadute “applicative”) delle ideologie dell'antitrust americano, in particolare tra le Amministrazioni Carter e Reagan-- rileggere R.Peritz, *Competition Policy in America, 1882-1992*, Oxford, 1996, spec. 266 ss. V. anche nota 40, *infra*.

(Poscritto, fra parentesi. Ma al di là di tutto: come si concilia la pretesa di esclusività teleologica del riferimento alle “efficienze” con l'accettazione della *failing firm defence*?!).

<sup>9</sup> “Eccessiva” nel senso (ovviamente) di “tale-da-determinare” l'eliminazione, o comunque una sostanziale e durevole riduzione della concorrenza. Tale-- ricorda H. Bartholomeyczick, *La legge tedesca contro le limitazioni della concorrenza (GWB)*, in *Riv. soc.*, 1958, 971, a nota 5 e testo *ivi*, 973 seg.-- era la qualificazione della concentrazione vietata dalla prima normativa antitrust imposta dagli Alleati alla Germania alla fine della seconda guerra mondiale.

<sup>10</sup> In particolare, come capacità di mantenere con profitto, e durevolmente, i prezzi sopra livelli competitivi: *Merger Guidelines*, 1997, Sec.0.1, testo alla nota 6.

<sup>11</sup> *Id.*, *loc. cit.*, 158, 163.

si sottolinea il diverso significato nel quale il concetto di "preclusione" (*foreclosure*) della concorrenza viene, secondo Priest, inteso in Europa ("qualunque sviamento dei consumatori del concorrente, compresa l'offerta di prodotti migliori"; corsivo mio) e in USA (ostacoli obbiettivi all'accesso al mercato di concorrenti basati o su limitazioni artificiali della disponibilità di beni o servizi ai consumatori, ovvero su riduzioni della qualità/ convenienza dei medesimi) <sup>(12)</sup>.

Questi "passaggi" tecnico-giuridici consentono di mettere a fuoco, sotto un profilo insieme effettuale e giuspolitico, il nocciolo della critica: secondo gli Autori, l'analisi delle motivazioni che la Commissione adduce per affermare che la fusione GE-Honeywell creerebbe una posizione dominante tale da emarginare ogni effettiva concorrenza rivela come i fattori di "eccessiva dominanza" considerati dalla Commissione siano riconducibili a livelli superiori di efficienza industriale e commerciale, traducibili in consistenti vantaggi per i consumatori. Dunque - è la riflessione conclusiva, comune al giurista e all'economista - quegli stessi vantaggi, quelle stesse efficienze che negli USA legittimerebbero il *merger*, rappresentano paradossalmente, in Europa, fattori di divieto.

Il tenore di queste critiche non lascia spazio a dubbi sulla convinzione che le anime: trovarsi di fronte ad una diversa concezione della concorrenza, e del ruolo dell'antitrust, che riflette (non semplicemente divergenze di tipo tecnico, bensì) una profonda differenza di cultura politico-economica, addirittura con implicazioni di natura etica.

In sintesi: secondo i critici americani, l'Europa, a differenza degli Stati Uniti, "non crede abbastanza" nella capacità del mercato di prevenire e comunque di correggere distorsioni, e tentazioni, che l'esercizio del potere economico privato può causare ed indurre, e cerca invece, per motivazioni protezionistiche, di attenuare l'impatto della "gale of creative destruction", laddove "the US authorities have concluded that these shakeups are best handled by the market" <sup>(13)</sup>.

Più specificamente, secondo Evans l'orientamento della Commissione in tema di *mergers* riflette una tendenza dirigistica che mira a controllare le modalità di ristrutturazione dei mercati piuttosto che a consentire "vigorous competition among firms to permit the fittest to survive" <sup>(14)</sup>. La rinuncia a un ethos darwiniano, dei cui esiti beneficerebbero i consumatori ("unfettered competition among businesses generally benefits consumers--even if a single firm captures most or *all* of the market") giunge addirittura a svalutare il prestigio stesso della Commissione: "Not surprisingly, Brussels has become a magnet for companies seeking protection from more efficient or innovative rivals" <sup>(15)</sup>.

Non meno severo, nella sostanza, il giudizio di Priest, che, nel concludere il suo saggio, afferma: "Queste differenze, comunque, vanno oltre le mere scelte di *policy* e travalicano l'applicazione al caso particolare. Come conseguenza, senza offesa, credo che non ci sia nessuna prospettiva per un mutamento della politica di concorrenza statunitense che la faccia assomigliare di più all'interpretazione comunitaria nel caso Ge-Honeywell. Come indicato, la dedizione degli Stati Uniti ad una politica che promuove il successo per merito è radicata in profondità e si può dire sia un durevole ed incancellabile "credo" sociale. Quindi, la concorrenza per merito non è semplicemente una direttiva di *policy*, è un profondo *impegno morale* della società. Non vi sono evidenti *fondamenti morali* per abbandonare quell'impegno" <sup>(16)</sup>.

---

<sup>12</sup> Id., *loc. cit.*, 158 s.

<sup>13</sup> Evans, *op. cit.*, 18

<sup>14</sup> Id., 18, 16

<sup>15</sup> Id., 17, 18

<sup>16</sup> G. Priest, *op. cit.*, 163-164; corsivi miei

3. Vorrei dunque avviare la riflessione proprio partendo da queste critiche, e discutere sia il “referto” su cui esse si fondano (e cioè che l’antitrust statunitense favorisca, a differenza di quello europeo, la selezione delle imprese più efficienti, nell’interesse generale dell’ economia) sia l’eziologia della “differenza” comunitaria che gli Autori prospettano: essenzialmente incentrata, come ricordavo, su una scelta giuspolitica obiettivamente di stampo protezionistico e corporativo, a favore dei concorrenti meno efficienti (spesso, ma non necessariamente— e si pensi proprio a *GE*--- “small businesses”). E vorrei, come dicevo all’inizio, aggiornare la riflessione alla luce della ricordata recentissima riformulazione di *merger policy* annunciata dalla Commissione, e che Mario Monti ha definito “A comprehensive reform”<sup>(17)</sup>. (Una riforma, non una rivoluzione”: *infra*, tra breve).

Sul primo profilo, esprimerei qualche dubbio sulla effettiva radicalità della contrapposizione, così come prospettata: gli USA, che, di fronte all’evidenza di efficienze *on merits*, danno senz’altro via libera al *merger* pur se produttivo di un *market power* di intensità persino monopolistica; e l’Europa, ove anche la più cospicua generazione di efficienze non solo non legittima le concentrazioni, ma addirittura irrobustisce la portata restrittiva della concorrenza della posizione dominante che l’operazione crea o rafforza.

I dubbi riguardano, anzitutto, il primo termine del confronto, l’ordinamento USA. Mi sembra infatti - anche a tacere dei formidabili, e pur raramente (a ragione) esercitati, poteri di intervento *ex post*, anche di tipo strutturale (come i *divestiture orders*), dei quali l’antitrust europeo non dispone-- che la c.d. *efficiency defence*, si configuri, nelle *Merger Guidelines 1997* (revisione del testo del 1992 specificamente dedicata alle efficienze), quale elemento legittimante dell’operazione solo in quanto la evidenza di una qualificata, e *merger-specific* generazione di effetti di “benessere sociale” (espressione di superiore *performance* competitiva *on merits*) porti a ritenere che i probabili effetti anticoncorrenziali direttamente conseguenti alla fusione verranno neutralizzati da dette più intense efficienze. E che dunque “alla fin della fiera” non si produrranno sul mercato effetti gravemente anticompetitivi: e ciò nell’ambito, come ricordavo, di una concezione essenzialmente *funzionale* di “market power” commisurata, in particolare, alla capacità di far profitti mantenendo durevolmente livelli di prezzo non concorrenziali<sup>(18)</sup>.

Ora, mi limito ad osservare (rinviando sul punto alle più ampie osservazioni di recente formulate da C.Osti e R.Pardolesi<sup>(19)</sup>) che pur in siffatta prospettiva funzionale l’*efficiency defence* non sembra trovare, nella storia giurisprudenziale (rinvio ancora a Hovenkamp) un’ applicazione particolarmente indulgente, e men che meno ipostatizzante. Ed anzi le stesse *Guidelines 1997*-- forse riflettendo un diffuso scetticismo circa la “misurabilità” delle efficienze (che Richard Posner--*ipse*-- definì “intractable subject for litigation”)<sup>(20)</sup> ---sottolineano che “Efficiencies almost never

---

<sup>17</sup> *Communication by M.Monti to the Commission—A comprehensive reform of the EU Merger Control System*, Dec.11,2002.

<sup>18</sup> *Supra*, nota 10.

<sup>19</sup> IIDD., *Falsi amici:le concentrazioni in Europa e negli Stati Uniti*, in *Giur.comm.*, 2002,I, 153, a ss.

<sup>20</sup> *Id.*, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, 1976 ,112, nota 6. Lo ricorda, in senso fortemente adesivo, H.Hovenkamp, *op.cit.*, Cap.12, Sec. 12.2b4, 504 s. ). Peraltro, nel successivo *Some Uses and Abuses of Economics in Law*, in *Univ. Chicago L.Rev.*, 1979,291, Posner valorizza cautamente il riferimento al ruolo delle efficienze sul piano-- e nei limiti -- dell’ipotesi scientifica (“economic efficiency...provides a coherent theoretical framework for future investigation”. In termini non dissimili, mi par di ricordare, si espresse anche George Priest, nel noto saggio *What Economists Can Tell Lawyers About Intellectual Property: Comment on Cheung*, in *Research in Law and Economics: The Economics of Patents and Copyright*, a cura di Palmer e Zerbe, vol.8,1986,19, ove il rilievo attribuito alle efficienze veniva definito “more an assertion than an idea...or perhaps better yet, an intellectual project”. Sulla difficoltà predittiva circa la generazione di *merger-specific efficiencies* insiste anche Scherer, *Some Principles etc.cit.*, 21 ss. Infine, per una organica ricostruzione, anche in chiave storica, del dibattito, v. il recente contributo del Commissario della FTC Thomas B.Leary, *Efficiencies and Antitrust: A Story of Ongoing Evolution*, ABA Section of Antitrust

justify a merger to monopoly or near-monopoly" (*Revised Sec.4*; corsivo mio). Ed ulteriormente precisano --con una formulazione, si noti, concettualmente corrispondente a quella adottata dalla Commissione europea nella *Draft Notice 2002* (par. 89 ) -- che probabili effetti anticompetitivi "particularly large" potranno essere compensati soltanto da "extraordinarily great cognizable efficiencies" (*Sec.4*, testo alle note 36 e 37).

Ed anche il versante europeo--- che pur indubbiamente evidenzia, come dirò, una differenza di rilievo rispetto agli USA-- meriterebbe una più complessa analisi (e non solo in ragione della recentissima proposta di riforma).

Invero, non dovrebbe disconoscersi che negli orientamenti maturati nel corso dell'ultimo quinquennio in tema di concentrazioni—a partire, direi, dalle *Note* del 1998 della Commissione al Reg.4064 (*infra*, in questo par.) --- la generazione di efficienze, già normativamente apprezzata dal Regolamento (cfr. art 2. 1, lett. b), e *considerando* 4, ivi) è stata progressivamente valorizzata. Più precisamente, anzi, è giunta ad essere valutata in senso senz'altro positivo, come fattore compensativo, *counteracting*, rispetto agli effetti anticoncorrenziali dei *mergers*, laddove, sino a pochi anni prima, la stessa era stata—pur arbitrariamente, anzitutto sotto il profilo sistematico<sup>(21)</sup> — tutto all'opposto valutata come fattore, ed evidenza, di dominanza "eccessiva" (nel senso detto sopra, nota 9) <sup>(22)</sup>

Mi riferisco, qui, non solo a decisioni come *AT&T/NCR*, 1992 (caso IV/M.050, in *CMLR* 1992, 41) o *Grand Metropolitan/Guinness*, 1997 (caso IV/M.938, in *CMLR* 1997, 760) sino alla più recente *Danish Crown/Vestjske Slagterier* (caso IV/M.1313, in *CMLR* 200,296), bensì pure ad esplicite enunciazioni di *policy* (e di interpretazione del Regolamento), come quella espressa nel 1996 in sede OCSE dalla Commissione (cfr. *Efficiencies claims in merger and other horizontal cooperative agreements*, nota della delegazione della Commissione Europea nella Conferenza OCSE di Parigi, 1996, in [www.oecd.fr/daf/clp/Roundtables/EFFC00.htm](http://www.oecd.fr/daf/clp/Roundtables/EFFC00.htm); anche in *OCSE, Competition Policy and Efficiency Claims in Horizontal Agreements*, Paris, 1996, 53 ), che sembra negare l'*efficiency defense*, e teorizzare all'opposto, per dirla con F.Jenny e R. Whish, un "efficiency attack"<sup>(23)</sup>: "There is no real legal possibility of justifying an efficiency defence under the Merger

---

Law, 2002 Fall Forum, Washington D.C., November 8, 2002, in [www.ftc.gov/speeches/leary/efficienciesandantitrust.htm](http://www.ftc.gov/speeches/leary/efficienciesandantitrust.htm). E v. ancora F. Denozza, *Chicago, l'efficienza e il diritto antitrust*, in *Giur. comm.*, 1988, 5 ss.

<sup>21</sup> In quanto intrinsecamente contraddittoria con la unità di prospettiva normativa tra il Reg. 4064 e l'art. 85. (81) 3 (unità ribadita dalla Commissione in quella stessa sede (*Contribution cit.:* "This basic philosophy does not only apply within the context of 85(3), it is also the reason for the dominance test under the Merger Regulation"). Nell'ottica dell'art. 81.3, infatti, la considerazione dell'efficienza gioca indiscutibilmente per far ammettere la esenzione, e non per affermare la portata anticompetitiva dell'intesa. Si noti peraltro una contro-contraddizione, nello stesso documento: l'affermazione, ben più corretta, e in linea sostanziale con l'evoluzione successiva (*infra*, tra breve) secondo cui "Efficiencies are assumed for all mergers up to the limit of dominance." (corsivo mio).

<sup>22</sup> Non è de resto senza significato che dalla versione definitiva del Regolamento 4064/89 fu eliminata la disposizione, formulata in sede di Proposta, secondo cui le operazioni che pur creassero o rafforzassero "una posizione che ostacoli il mantenimento o lo sviluppo della concorrenza effettiva nel mercato comune" potevano essere autorizzate ove si ravvisasse che "il loro contributo al miglioramento della produzione e della distribuzione, alla promozione del progresso tecnico o economico... supera gli svantaggi che esse comportano per la concorrenza" (*Proposta modificata di regolamento (CEE) del Consiglio sul controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese*, presentata dalla Commissione il 30 novembre 1988, art. 2, comma 3; in *GUCE*, 1989, C22/14).

<sup>23</sup> Cfr. (con specifico riferimento a casi precedenti come *Drager/IBM* e *Pan Am/Delta*, del 1991) F. Jenny, *EEC Merger Control: Economies as an Antitrust Defence or an Antitrust Attack?*, in *International Antitrust Law and Policy- Fordham Corp. L. Inst.*, 1992, 591; R. Whish, *Competition Law*, 4th ed., London, 2001, 779.

Regulation..... efficiency issues are considered in the overall assessment to determine whether dominance has been created or strengthened and not to justify or mitigate that dominance in order to clear a concentration which would otherwise be prohibited”.

Ebbene, dicevo, non può disconoscersi che posizioni di principio del tipo ora ricordato sono state --e non solo in linea di principio teorico: cfr. la recentissima decisione *Alcoa/Reynolds*, 2002<sup>(24)</sup> -- progressivamente superate.

Progressivamente: ossia in una duplice sequenza. Dapprima si è affermato (*Note* al Regolamento, 1998, in *Merger Control Law in the European Union*, Brussel-Luxembourg, anno cit.) che il "progresso tecnico ed economico" da prendere in considerazione ex art. 2, b Reg. 4064 (pur "subordinatamente" al mantenimento di una sufficiente fisionomia concorrenziale, anche in senso strutturale, del mercato: Reg. cit., art. 2, b, in fine; *amplius* fra breve), va apprezzato in coerenza con i principi consacrati dall' art. 85.3 (ultimo *indent* ad art. 2): ciò che comporta una considerazione *positiva* delle efficienze. Queste ultime infatti, come già ricordato poc' anzi (cfr. nota 21), giocano nell' art. 85 (81).3 per far ammettere l' esenzione, e non già per far accertare la portata anticompetitiva dell' intesa.

L' apertura è confermata dal *Green Paper* del 2001, nel quale la Commissione si dichiara aperta ad esaminare "the extent to which" la produzione di efficienze possa condurre ad approvare una concentrazione.

Infine, nella *Draft Notice* del dicembre 2002, la Commissione (pur combinando, con qualche ecumenismo concettuale, l' incidenza a monte sullo stesso accertamento di una dominanza "eccessiva" -- cd "integrated approach" -- e compensazione a valle -- sul piano, dunque, di una "defence" -- degli effetti anticompetitivi ricollegabili alla creazione della *merged entity* <sup>(25)</sup>), riconosce apertamente (accentuando l' apertura del *considerando* 24 della Proposta di riforma) il rilievo "legittimante" delle efficienze pro-consumatori, determinate dal *merger*, ove ravvisi che "as a consequence of the efficiencies that the merger brings about, this merger does not create or strengthen a dominant position as a result of which effective competition would be significantly impeded. This will be the case when the efficiencies generated by the merger are likely to enhance the incentive of the merged entity to act pro-competitively for the benefit of consumers, by counteracting the effects on competition which the merger might otherwise have" (n. 88).

Quale evoluzione, dunque, nella valutazione delle efficienze! Da causa/evidenza di dominanza "incompatibile", a fattore che addirittura impedisce la formazione di una "eccessiva" (eccessivamente anticompetitiva) posizione dominante, ovvero, comunque, ne "compensa" gli effetti anticoncorrenziali.

4. Attenzione: quanto precede vale a ridimensionare, anche sul versante europeo, la radicalità della contrapposizione evocata (anche) da quegli autorevoli critici nordamericani: non certo ad affermare che le differenze non ci sono. Ci sono, invece, e si tratta di metterle a fuoco.

A tal fine occorre anzitutto completare il resoconto dell' indirizzo manifestato dalla Commissione nella *Notice* del dicembre 2002, ricordando, in particolare, due essenziali precisazioni, teleologicamente collegate, che la Commissione opera rispetto alla possibilità che le efficienze generate dal *merger* determinino effetti virtuosi, in termini di *pro-competitive acting*, capaci di prevalere sugli effetti anticoncorrenziali dell' operazione. Ecco le precisazioni:

---

<sup>24</sup> Caso COMP/M.1693, 2002 OJ L 58/25, par. 31-32, 38. E v. ancora M. de la Mano, *op. cit.*, 28-29, che richiama vari esempi nei quali la generazione di efficienze avrebbe giocato un ruolo, sia pure come *undisclosed factor*, nel "Commission's routine assessment of merger cases".

<sup>25</sup> Sulla distinzione fra le due prospettive cfr. i chiari rilievi formulati da P. Lowe nel ricordato discorso tenuto a Fordham (*supra*, nota 2); v. anche, a favore dell' *integrated approach*, E. Fox, *Antitrust, Competitiveness, and the World Arena: Efficiencies and Failing Firms in Perspective*, in *Antitrust L.J.*, 1996, 730.

a) Anzitutto, sottolinea la Commissione, occorre verificare, anzi “ensure”, nell’interesse dei consumatori, che l’operazione incentivi la *merged entity* non solo a produrre le efficienze (*merger specific*: “arising directly from the merger”), bensì “also to make continuing efforts to enhance efficiencies” (par.88). (Si noti la corrispondenza logica, e teleologica, tra il rilievo assegnato alla generazione *duratura* di efficienze, e il “pregiudizio *durevole* per la concorrenza” che, nel Regolamento 4064/89 sta alla base (della giustificazione) del divieto/limite della “dominanza eccessiva” (*considerando* 5,ivi)).

b) E come può determinarsi una siffatta creazione di efficienze anche di lungo periodo? Risposta:”This presupposes sufficient competitive pressure *from the remaining firms and from potential entry*”(corsivo mio, che motiverò fra breve). Si dichiara dunque la convinzione che il prodursi di efficienza duratura è condizionato al permanere di una “sufficiente” configurazione concorrenziale del mercato: e questa, a sua volta, non è lasciata *wishfully* al “domani” della concorrenza potenziale (alla sua immanente capacità, affermata da Chicago, di “mettere in riga” i detentori di *market power*), bensì è anche affidata al pluralismo (anche) dell’oggi: appunto, alla “sufficient competitive pressure (anche, *recte*: in primo luogo) *from the remaining firms*”.

Eccoci al cuore della differenza: giacché quelle precisazioni, ed in particolare la seconda e più decisiva, non trovano corrispondenza (a differenza di altre, relative alla qualificazione sostanziale, e al carattere *merger-specific* delle efficienze <sup>(26)</sup>) nelle *Guidelines* americane, imperniate, come ricordato, su una nozione essenzialmente “funzionale” di *market power*: nella quale anche elementi di tipo strutturale possono sì assumere rilievo, ma di regola non primario, o meglio non assoluto, bensì “surrogate” <sup>(27)</sup>, e precisamente come indicatori *prima facie*, superabili sulla base di altri elementi prognostici (come l’individuazione di ridotte barriere all’entrata), di un comportamento “non anticompetitivo” dell’impresa dominante. Una nozione dunque che consente, pur con le ricordate difficoltà/ diffidenze, di ammettere l’ipotesi limite (ma è proprio sulle ipotesi limite che si saggia la portata delle differenze normative) che il diritto comunitario, viceversa, esclude: e cioè che la *merged entity* consegua, grazie al superiore livello di efficienze generate dal *merger*, anche una posizione di monopolio di fatto (*merger to monopoly*), purché a quest’ultima non venga ricollegata la capacità di imporre artificiose restrizioni--di prezzo o di quantità-- all’*output*.

Insomma, anche a fine 2002, la cruna dell’ago europeo si conferma ben stretta. Si riconosce rilievo *solo all’efficienza che venga conseguita attraverso la concorrenza -- recte*: nell’ambito di mercati di sufficiente configurazione concorrenziale *anche in senso strutturale*. E’ infatti questa la configurazione che, nella visione europea, “garantisce” efficienze vere e *durevoli*, le sole idonee a *counteract* (*Notice*, par.88) i possibili effetti anticompetitivi dell’operazione (e per di più, come ricordato, a patto che le efficienze siano “substantial” a fronte di effetti monopolistici “small”: par.89). Suona pertanto come *understatement* l’affermazione conclusiva secondo cui: “It is unlikely that a market position approaching that of a monopoly can be declared compatible with the common market on efficiency grounds”(par. ult.cit).

(Si noti la correlazione logica, e giurpolitica: la rilevanza anche “assoluta”, ossia legittimante anche di una posizione monopolistica, attribuita alla generazione di efficienze in una prospettiva tutta funzionalistica, *versus* una rilevanza “subordinata” di queste ultime nell’ambito di un concetto di “dominanza eccessiva” intessuto anche da profili di tipo strutturale).

---

<sup>26</sup> V. qui le puntualizzazioni di F.Falconi, *Il ruolo e lo sviluppo del concetto di efficienza economica nella valutazione delle concentrazioni nell’antitrust statunitense e comunitario*, in *Working Papers 2002 dell’ Osservatorio di Proprietà Intellettuale, Concorrenza e Telecomunicazioni*, Università Luiss Guido Carli, Luiss Edizioni, 249, a 271 ss.

<sup>27</sup> H. Hovenkamp, *op. cit.*, Cap. 3, Sec. 3.1, 77 ss.



Si conferma dunque una sostanziale continuità di impostazione normativa segnata, *i.a.*, dalla piena e letterale conservazione, nella Proposta di riforma 2002 del Regolamento, dei criteri anche di tipo strutturale di “appraisal of concentrations” di cui all’art.2.1.a 9, del testo vigente (1989) del Regolamento (e v. pure le citate *Note* del 1998 al medesimo). Come aveva ben detto Richard Whish, scrivendo prima della *Draft Notice* 2002, in Europa “...merger control is, above all, concerned with the *maintenance of a competitive market structure*... Merger control is not, or not only, about pre-emptively preventing a merged entity from abusing its dominant position in the future; it is also about *maintaining a market structure* that is capable of delivering the benefits that follow from competition: *the influence of the ‘structure-conduct-performance paradigm’ on merger policy is a significant one*”<sup>(28)</sup>.

Una continuità, si noti ulteriormente, evidenziata anche, e per così dire *a contrariis*, dal rifiuto esplicitamente manifestato dalla Commissione<sup>(29)</sup> a sostituire al criterio della “dominanza eccessiva” quello della c.d. “substantial lessening of competition”, SLC, di marca americana (*Sec. 7 Clayton Act*) così come era stato proposto dalla Gran Bretagna<sup>(30)</sup>, che anzi ha già adottato quel criterio nella propria disciplina interna, attraverso l’*Enterprise Act 2002*.

Quel rifiuto -- giustificato sia con l’argomento, anche diplomaticamente elegante, del sostanziale nominalismo della differenza fra i due criteri<sup>(31)</sup>, sia con quello, condiviso dalla netta maggioranza delle grandi imprese continentali, di non rendere più incerta la futura applicazione dell’antitrust comunitario, privandola dell’ancoraggio alla elaborazione e ai precedenti sviluppati, dal 1989 in poi, dalla Commissione e dalle Corti sulla base del criterio della dominanza<sup>(32)</sup> non ha soltanto evitato una simbolica “Canossa” comunitaria (che sarebbe tanto più apparsa tale a ridosso delle violente critiche del *business world* americano a *GE*), ma ha altresì “tenuto il punto” del caratteristico *commitment* comunitario verso una concezione che, pur scevra di rigidità (come conferma anche il

---

<sup>28</sup> Id., *op. cit.*, 728 s.; corsivi miei. Detto paradigma, associato all’elaborazione di J. Bain (*Barriers to New Competition: Their Charter and Consequences in Manufacturing Industries*, Cambridge, Mass., 1956), dominò, come è noto, l’applicazione dell’antitrust negli Stati Uniti prima dell’affermazione della Scuola di Chicago (per una sintetica ricostruzione della vicenda v. tra i più recenti W. Kovacic e C. Shapiro, *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*, in *J. of Econ. Perspectives*, 2000, 43).

<sup>29</sup> *Communication by M. Monti*, cit., par. 12 ss.; e v. già l’atteggiamento sostanzialmente scettico anticipato dalla Commissione nel *Libro Verde sulla revisione del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio*, 11 dicembre 2001, par. 159 ss. Va del resto ricordato che lo stesso Prof. Monti, in un recente discorso, pur respingendo nettamente l’accusa di considerare la generazione di efficienze come fattore prognostico di effetti anticoncorrenziali (“there is no such thing as a so-called ‘efficiency offence’ in EU merger control law and practice”), ha espresso l’esigenza “to maintain a touch of ‘healthy skepticism’ with regard to efficiency claims, particularly in relation to transactions which appear to present competition problems” (Id., *Feedback to the Green paper: an overview, Review of the EC Merger regulation-Roadmap for the reform project*, Conference on Reform of European Merger Control, British Chamber of Commerce, Brussels, June 4, 2002, in [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int))

<sup>30</sup> Cfr. --*jusq’au but!*--, J. Vickers, Dir. Gen., Office of Fair Trading, *How to reform the EC merger test?*, discorso 8 novembre 2002, in [www.ofi.gov.uk/News/Speeches/2002](http://www.ofi.gov.uk/News/Speeches/2002). Anche l’Irlanda, con il Competition Act 2002, ha optato per il criterio del SLC (per una sintetica ricognizione v. J. Fingleton, *Speech on the commencement of the Competition Act 2002*, Cork, 15 marzo 2002 (in [flington1.pdf](#); ultimo accesso: 17.02.03).

<sup>31</sup> “The dominance and SLC standards have produced broadly convergent outcomes...” (*Communication by M. Monti*, cit., par. 13). Sul piano testuale, l’argomento è rafforzato dalla ricordata indicazione vuoi dell’art. 2 Reg., vuoi del considerando 5 del medesimo, che parlano, rispettivamente, di “ostacolo significativo della concorrenza” come test della dominanza (eccessiva e quindi) “incompatibile”, e della necessità di evitare un “lasting damage to competition”.

<sup>32</sup> Cfr. European Round Table of Industrialists--Competition Policy Task Force, *Response to the “Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89” (12 december 2001), Draft 2 April 2002*, par. “Dominance Test”.

ruolo meramente indicativo assegnato al fattore *market share* nella valutazione del grado di concentrazione dei mercati ) riflette un'ispirazione di fondo pluralista, non meramente "comportamentale", della difesa della concorrenza. La visione per la quale la valutazione del "considerable level of economic power" cui si riferisce la nozione di dominanza rilevante ai sensi del Regolamento, va condotta "*irrespective ...of the manner in which economic power is manifested or exercised*" (così, si noti, il *considerando 20* della Proposta del dicembre 2002 di revisione del Reg.4064; corsivi miei. E si noti che una tale precisazione—"impensabile" in termini *Chicagoan* - è stata inserita dalla Commissione nella Proposta 2002: essa non figura infatti nei *considerando* del testo del 1989, attualmente in vigore, del Regolamento).

5. Si tratta di un *commitment* il cui abbandono avrebbe comportato ,non è azzardato dire, una modificazione genetica dell'antitrust comunitario (un AGM: Antitrust Geneticamente Modificato), ed altresì di quello italiano, come noterò fra breve.

In proposito, è anzitutto opportuno ricordare che sin dal Trattato (85.3) ,e poi con il Regolamento 4064, la pur positiva considerazione del "progresso tecnico e/o economico", del "miglioramento della produzione,distribuzione" etc. si è collocata in una prospettiva di esplicita " subordinazione gerarchica", sul piano normativo, del conseguimento di efficienze scaturenti direttamente dalla fattispecie restrittiva - rispetto alla difesa di una "sufficiente" configurazione concorrenziale del mercato interessato: e ciò ancorché dette efficienze risultino (non semplicemente "aggregate", bensì) a specifico vantaggio dei consumatori: al.3 art.85. (Attenzione all'avverbio : dicendo "efficienze scaturenti *direttamente* dalla fattispecie restrittiva" intendo richiamare la distinzione -- già esplicitata,e.g.,in *Aerospatiale-Alenia/De Havilland*,1991-- (33), e ribadita dalla *Notice* 2002,par.88---fra efficienze a breve ed efficienze,invece, anche di lungo termine: le sole giuridicamente rilevanti, e la cui generazione " presupposes sufficient competitive pressure" anzitutto " from the remaining firms".

In particolare, quanto alle intese, il rilievo delle efficienze quali fondamento dell'esenzione ex art. 85 (ora 81). 3), ha una portata circoscritta, non solo temporalmente, bensì anche in assoluto: posto che nemmeno in via temporanea può essere autorizzata un'intesa, pur produttiva delle massime efficienze, anche se a vantaggio dei consumatori - e anche se, eventualmente, di lungo periodo:il dato è irrilevante-- che tuttavia possa eliminare la concorrenza da una parte sostanziale del mercato. In altre parole, il risultato funzionale non è decisivo in ultima istanza : l'esigenza di salvaguardare un "sufficiente" pluralismo effettivo di offerte indipendenti prevale sulla considerazione dell'eventuale superiore convenienza di offerte "allineate" dall'accordo. Nelle parole della Commissione (*Contribution* etc. cit., 1996 ),"even if the parties can prove that an agreement would bring about high efficiency gains, these efficiencies are not able to justify an *elimination* of competition" (corsivo mio).

In senso conforme si è espressa, dall'origine, la normativa in tema di concentrazioni. Il Regolamento 4084, nell'articolare i criteri di valutazione della compatibilità delle operazioni, contempla sì con favore "the development of technical and economic progress", *summa* delle efficienze di ogni tipo: ma solo se questo (oltre ad avvantaggiare i consumatori) "does not form an obstacle to competition" (art.2.1.b) (*scilicet*: un ostacolo *durevole* ) (34). In caso contrario, la generazione di efficienze non gioca a favore dell'operazione, anche se si prospetti di lungo periodo,o addirittura di carattere permanente ( la circostanza,di nuovo, è irrilevante) . Cfr. anche le

---

<sup>33</sup> Caso IV/M 53,,OJ 1991, L 334/42

<sup>34</sup> Detto carattere ( esplicitato nel testo dell'art.5 l. 287/90), è richiamato,come già ricordato, dal *considerando 5* del Regolamento 4064/89.

citt. *Note* del 1998 della Commissione al Regolamento, ove si esplicita che il rilievo del progresso tecnico ed economico va considerato in coerenza con i principi dell'art.85.3(ultimo *indent* all'art.2), e cioè, appunto, in un'ottica di "valorizzazione subordinata" della generazione di efficienze rispetto alla fisionomia concorrenziale del mercato.

E a sua volta (e così il cerchio si chiude) l' "obstacle to competition" va valutato in riferimento anche a profili di tipo strutturale, in particolare sottolineandosi "the need to maintain and develop effective competition within the common market in view, among other things, the structure of all markets concerned and the actual or potential competition from undertakings located within or outwith the Community" (art.2.1., a, Reg.; e v. anche, il *considerando* 7, "incidenza sulla struttura della concorrenza": mantenuto, si noti, nel testo riformato proposto nel dicembre 2002; v. ancora, in quest'ultimo, il *considerando* 15 che collega - "and therefore" - il mutamento determinato dal *merger* nella struttura di controllo delle imprese a quello indotto nella struttura del mercato).

Dunque, e concludendo sul punto, sembra decisamente confermarsi una sostanziale continuità fra l'originario (e ancora attuale, peraltro) quadro normativo comunitario, e quello prossimo, configurato a fine 2002 dalla Commissione, nella *Draft Notice* e nella *Proposta* di revisione del Reg. 40640. Sostanziale continuità fondata sul fatto che la (probabilità di) generazione di efficienze direttamente conseguente ad attività/operazioni restrittive della concorrenza può determinare una valutazione "benevola" di dette attività/operazioni, (ma) *nel presupposto* che comunque l'effetto restrittivo atteso non sia "eccessivamente" lesivo della configurazione concorrenziale del mercato: intesa come presenza di più soggetti che competono, e non solo come mera possibilità di future entrate.

Trattasi di una impostazione--riprendo qui l'accento fatto poc'anzi all'ordinamento italiano--contenuta anche nel genoma dell'antitrust nazionale. E non solo in ragione della sostanziale identità del criterio di qualificazione (la dominanza "eccessiva") dell'art.6 della l.287 con quello dell'art. 2 del Regolamento 4064, bensì anche del fatto che quel criterio--che non prevede alcun rilievo dirimente delle efficienze -- fu scelto in dirittura d'arrivo dal nostro Parlamento scartando le convergenti proposte vuoi del progetto Rossi e altri (Senato, n. 1012, 10 maggio 1988) vuoi del ddl governativo (n.1240, 26 luglio 1988), presentato dal Ministro dell'Industria on. Battaglia. Entrambi, al di là di differenze sostanziali quanto ai criteri di qualificazione dell'incompatibilità dell'operazione concentrativa<sup>(35)</sup> prevedevano, il primo una vera e propria *efficiency defense* di portata assoluta (cfr. progetto Rossi, art.6. 2° co, secondo cui "La concentrazione non è soggetta al divieto quando le imprese coinvolte dimostrino che essa può concretamente garantire ai consumatori l'offerta di beni o servizi di quantità, qualità e prezzi tali che in assenza della concentrazione non potrebbero essere offerti") e il secondo-- Battaglia, art.6.2° co-- una ricognizione effettuale compless(iva) nell'ambito della quale il divieto viene meno qualora ("L'Autorità...vieta la concentrazione salvo che...") l'operazione stessa "risulti giustificata dall'esigenza di preservare la competitività internazionale delle imprese, ovvero ad aumentare od a migliorare qualitativamente la produzione o la distribuzione od a promuovere la ricerca tecnologica e il progresso tecnico, nell'interesse dell'economia nazionale". Previsioni, entrambe, riflettenti la considerazione positiva contenuta, come ricordato, nelle Proposte di Regolamento comunitario; e che tuttavia poi il nostro Parlamento accantonò, nel varare la legge 287, quasi un anno *dopo* l'entrata in vigore del Regolamento stesso, evidentemente adeguandosi alla versione finale (approvata) di quest'ultimo che, come ricordato, ripudiò *in extremis* il riconoscimento delle efficienze come "fattore compensativo" di una riduzione sostanziale e durevole della configurazione concorrenziale del mercato (intesa anche in senso strutturale).

---

<sup>35</sup> Il progetto Rossi adotta il criterio, *simil-Clayton*, della "apprezzabile limitazione della concorrenza", tacendo del tutto della posizione dominante "tale da" determinare la eliminazione o la riduzione sostanziale e durevole della concorrenza, viceversa al centro del ddl Battaglia: cfr. i rispettivi artt.6, 1° co.

6. Ora, di fronte a una siffatta continuità storica---che una certa *business community* continua a ridurre a un testardo atteggiamento dell' "impeccably combed Italian economist" (così la rubrica *European Notebook* del *Wall Street Journal*, 12 dicembre 2002, pag. A3) alla guida della politica europea della concorrenza --- mi parrebbe francamente sterile indulgere sulle consuete contrapposizioni di "ideologia della concorrenza" per le quali Eleanor Fox evocò la parabola di *Rashomon* <sup>(36)</sup> che sono state recentemente riprese (anche) dai due scrittori da cui abbiamo preso le mosse.

Mi pare invece che quella continuità storica, quella "fedeltà genetica" che ho creduto di rilevare, proponga domande più interessanti, la risposta alle quali consente forse anche di inquadrare in modo sensato quel tipo di contrapposizioni. Quale concezione della concorrenza, e quali radici possono individuarsi alla base di quel *commitment* di ispirazione "pluralista", che caratterizza l'antitrust europeo? E' la domanda stimolata, in positivo, dalla ricordata evocazione, da parte di Giuliano Amato, di "profonde differenze di cultura e di storia" ,e, in negativo, dall'insoddisfazione generata dalla *reductio* delle ragioni dell' impostazione comunitaria ad un'ispirazione angustamente corporativa, mossa dalla preoccupazione di difendere il tessuto industriale esistente dai "tumultuos shifts on the playing field" che "disrupt the balance of power among competitors" (Evans, 18), e dunque, in ultima analisi, indirizzata al "soccorso protezionista" del *reseau* dei concorrenti meno efficienti rispetto alle dure conseguenze della selezione *on merits* altrimenti operata dal mercato, anche al costo di sacrificare il conseguimento di superiori livelli di efficienza.

Ora, dicevo, anziché semplicemente ad una miope visione protezionistica, penso sia legittimo collegare la posizione europea, anzitutto e direttamente ad una concezione *economica* delle dinamiche concorrenziali --- la stessa, a ben vedere, che ispira anche l'idea, tutta europea, della "speciale responsabilità" dell'impresa in posizione dominante-- che non ritiene sufficiente, per "disciplinare virtuosamente", *anche nel lungo termine*, il comportamento di chi detiene *market power*, la semplice potenzialità--di cui ulteriormente non si ammette a priori e in modo generalizzato la "facilità" -- di nuovi ingressi. E che pertanto, nel settore che ci occupa, mantiene il "paletto" della dominanza, ossia la necessità di apprezzare anche (*anche*) "gli elementi strutturali della dominanza"<sup>(37)</sup> proprio perché persuasa che, per realizzare quell'obbiettivo, non si possa prescindere dalla esistenza di una "sufficient competitive pressure" anche " delle existing firms" (*Draft Notice*, cit, 88): ossia, appunto, da una configurazione "sufficientemente" pluralista del mercato.

Lungi da me la pretesa di valutare la fondatezza scientifica di siffatta concezione. Mi limito ad osservare che essa non appare tanto priva di riscontri empirici da giustificare alcuna secca liquidazione quale espressione di "ideologia anti-mercato", ovvero (ma è quasi la stessa critica) di astratto apriorismo. L'esperienza, la "commercial reality"(per usare l'espressione della Corte federale, *on remand*, in *Kodak* <sup>(38)</sup>) non mi sembra avara di casi in cui l'espulsione di concorrenti non si è accompagnata ad alcun rapido ingresso di nuovi, vuoi per la consistenza di barriere economiche (livello di investimenti), vuoi per la capacità dei detentori di *market power*, specie se di dimensioni mono- o quasi-monopolistiche, di usare-- anche in modi leciti -- della loro intrinseca

---

<sup>36</sup> Id., *Chairman Miller, the Federal Trade Commission, Economics, and Rashomon*, in *Law and Contemporary Problems*, 1987, 33

<sup>37</sup> G. Tesauro, *Le concentrazioni cercano chiarezza*, in *Sole-24 Ore*, 9 novembre 2002, 8

<sup>38</sup> 125 F.3d 1195 (9th Cir.1997), 1203.

forza per perpetuare il dominio del mercato (si pensi solo alle varie tecniche di "fidelizzazione" della clientela, o di *preemption* dei canali distributivi). E non avara, soprattutto, di casi in cui la pratica di prezzi "sovracompetitivi" è stata rigorosamente mantenuta sino all'ultimo minuto dell'ultima ora prima dell'effettivo e significativo consolidamento di nuovi entranti: ben oltre, cioè, l'aprirsi di spazi potenziali di concorrenza. Vari, e notori, esempi di siffatti comportamenti da parte di *incumbents* di settori "liberalizzati" sembrano fornire fondamenti di qualche rilievo all'implicito scetticismo comunitario circa le "spontanee autocorrezioni" del mercato, e al conseguente rifiuto -- segnato appunto dalla fedeltà al criterio, anche strutturalmente inteso, della "dominanza" -- della salvaguardia di una sufficiente configurazione concorrenziale del mercato, senza rilascio di cambiali in bianco alla pur auspicata realizzazione della concorrenza potenziale (<sup>39</sup>). E non è questa un'esperienza limitata al processo di liberalizzazione delle *utilities* nella "vecchia Europa protezionista". Dagli Stati Uniti, nel 2001, F.M. Scherer raffredda gli entusiasti apologeti della "rapida erosione" delle posizioni dominanti, ricordando che "It took *seventy-five years* for the pricing power of the United States Steel Corporation... to erode sufficiently that independent pricing could be seen... It took roughly *fifty-five years* for Japanese entry to undermine the price and product leadership of General Motors". E a chi oppone il solito "ma nelle *information technologies* è diverso...", il grande vecchio replica: "Intel and Microsoft enjoyed near-monopoly positions for *two decades* in personal computer microprocessors and operating systems respectively. There is *no indication* that a serious challenge to Microsoft's position has materialized. In microprocessors, Intel's position was *first challenged* seriously when Advanced Micro Devices ("AMD") leaped ahead technologically with its Athlon processor *in the year 2000*. Whether AMD will be able to sustain its competitive challenge remains to be seen" (<sup>40</sup>) (corsivi—ovviamente—miei).

A questo tipo di considerazioni si aggiunga il richiamo ad un diverso—e questo, anzi, *bipartisan*-- crescente scetticismo, vuoi rispetto alla probabilità che i *mergers* generino effettive e durature efficienze (basti qui citare l'inchiesta del 2000 de *The Economist* (<sup>41</sup>) vuoi -- come già ricordato, evocando anche R. Posner (*supra*, nota 20) - rispetto alla attendibile "misurabilità" delle efficienze e quindi alla loro affidabilità nella ponderazione giudiziale dei prevedibili effetti delle concentrazioni. Dunque, (anche) per chi condivide siffatto scetticismo, l'incertezza circa la gallina delle efficienze di domani non vale la rinuncia all'uovo della "sufficient competitive pressure" di oggi. E in questo senso, ritengo assai condivisibile l'osservazione di Giuseppe Tesauro (*cit.* in nota 37), secondo cui le valutazioni (comunque necessariamente) prognostiche sui futuri comportamenti/effetti indotti dal *merger* potranno in fondo risultare meno discrezionali-- e dunque meno opinabili -- proprio se ancorate al "paletto della dominanza".

7. E si può poi forse "scavare" ancora, a monte della concezione economica riflessa nelle attuali linee del diritto comunitario in tema di *mergers*, e di rilievo delle efficienze. Non mi sembra infatti arbitrario collegare quella concezione a due ordini di ragioni, convergenti sul piano effettuale, che

---

<sup>39</sup> Tutto ciò pur a prescindere dalla ulteriore considerazione -- riflessa nel nuovo par. 2.2. della Proposta 2002 di riforma del Regolamento--circa l'*increased risk of coordination* che, pur indipendentemente da accordi o pratiche concordate, si può determinare in un mercato altamente concentrato: cfr. *Draft Notice*, par. 40 ss. Rischio al quale si aggiunge quello di comportamenti propriamente collusivi: attribuibile, secondo la scuola di Harvard, alla correlazione fra riduzione degli attori e riduzione dei costi di transazione del coordinamento fra i medesimi (cfr. F. Gobbo, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, 1997, 49).

<sup>40</sup> A. cit., *Some Principles* etc. cit. *supra*, nota 8, a 10

<sup>41</sup> L'inchiesta pubblicata il 22 luglio 2000 (17,75 ss.), col titolo *How mergers go wrong*, dà conto dell'altissimo tasso di "fallimenti" dei maggiori *mergers* degli ultimi anni. E v. anche gli scettici rilievi, basati sull'esperienza USA, formulati da Scherer, *Some Principles* etc. cit., 10 ss.

contribuirono fortemente all'*imprinting* dell'antitrust europeo. Ragioni (*recte*: valori) di ordine essenzialmente politico, che ritengo opportuno richiamare nonostante il fatto, innegabile, che la loro diretta incidenza sull'applicazione della normativa sia venuta progressivamente meno, a favore di un *rationale* spiccatamente economico (or ora accennato), a misura del raggiungimento dell'obiettivo fondamentale della creazione di un mercato unico (non si tratta dunque dell'illusorio tentativo di individuare deterministicamente "le cause" A,B,C... della particolare vicenda / fenomeno normativo) che ci occupa, bensì di tentare di ricostruire gli elementi caratterizzanti il contesto storico/politico/economico che in quel fenomeno si "fissa", e lo rende più intelligibile <sup>(42)</sup>.

Le prime di tali ragioni possono riassumersi in una idea di efficienza competitiva proiettata in una più ampia prospettiva di benessere *societal* (in quanto) collegata con l'obiettivo --- antitetico a visioni darwiniste --- di "uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche", nonché con quello della "convergenza economica". Obiettivi, questi, che il Trattato, espressione dell'originaria costituzione economica europea, ripropone nell'art.130 A--oggi 158--par.1, in termini di "coesione economica e sociale", e concilia, sin dai "Principi" (art.2), specificamente con quello di "un alto grado di competitività". Di più: alla "coesione economica e sociale della comunità" (valore/obiettivo ribadito, si noti, nella prima bozza della futura Costituzione europea: art.3.2) si richiama lo stesso Regolamento 4064/89 sui *mergers*, nell'enunciare (considerando 13) la prospettiva di *policy* nella quale la disciplina sulle concentrazioni si iscrive - *deve* iscriversi: "la Commissione deve procedere alla valutazione..." --- della compatibilità della concentrazione "in funzione della necessità di preservare e sviluppare una concorrenza effettiva nel mercato comune": *ibid.* - "...nell'ambito generale della realizzazione degli obiettivi i fondamentali di cui all'articolo 2 del trattato, compreso quello del rafforzamento della coesione economica e sociale della comunità di cui all'art.130 A del trattato") <sup>(43)</sup> <sup>(44)</sup>.

Ora, l'esplicita conciliazione dell'obiettivo di un alto grado di competitività con quelli di uno sviluppo armonioso ed equilibrato, della convergenza economica, e della coesione sociale ha un significato storico-politico (e quindi pure giuspolitico) assai pregnante, per nulla declamatorio. Detta conciliazione esprime un ethos concorrenziale intimamente intrecciato con la costruzione di un tessuto economico capace di evitare e ridurre sia ineguaglianze sociali stridenti sia conflitti economici fra gli Stati membri. Evoca, è appena il caso di ricordare, valori comunitari fortissimi, per non dire fondanti: dall'aspirazione alla pace sociale ("interna") che portò al vasto consenso europeo per la *soziale Marktwirtschaft*, a quella alla pace *tout court*: che in particolare implicava, *i.a.*, il superamento di vistose disparità di sviluppo e di ricchezza fra le nazioni europee--- disparità storicamente all'origine anche di conflitti militari. (Può *en passant* ricordarsi che la prima "comunità economica" europea, la CECA, sorta nel 1951, esprimeva assai simbolicamente la "messa

---

<sup>42</sup> Riprendo una indicazione di Hannah Arendt, sviluppata ne *Le origini del totalitarismo*, trad.it. Edizioni di Comunità, Torino, 1999.

<sup>43</sup> Nella Proposta 2002 di modifica del Regolamento, viene riaffermata ( *considerando* 19) la necessità di valutare le concentrazioni in coerenza con gli obiettivi generali di cui all'art. 2 del Trattato (che, come appena ricordato nel testo, , "concilia" l'obiettivo della competitività con quello, *i.a.*, della "coesione economica e sociale").

<sup>44</sup> E a ulteriormente rimarcare, pur sotto un diverso profilo, la "differenza" culturale comunitaria, può ricordarsi che ancora negli anni '90 del secolo appena trascorso la salvaguardia di valori *lato sensu* sociali viene privilegiata *persino* rispetto al gioco della libera concorrenza--pur intesa anche in senso strutturale. Richiamo, in particolare, la Direttiva "liberalizzatrice" 96/92 CE sul mercato interno dell'energia elettrica che, pur nell'esprimere, appunto, una visione fortemente pro-concorrenziale, ha cura di avvertire che vanno protetti -- *scilicet*: attraverso opportune *regulation s---* "preminenti interessi sociali" (fra i quali--si noti-- quello alla "protezione del consumatore" ) che "la libera concorrenza di per sé non può necessariamente (leggi: "non necessariamente può") garantire" (considerando 13 ). Nella stessa prospettiva v. ancora il par.14 della Direttiva del 1996 sui *servizi di interesse generale in Europa* (96/C281/03).

in comune”, fra vincitori e vinti, della risorsa fondamentale del carbone e dell'acciaio, disputata anche sui campi di battaglia per oltre mezzo secolo tra Francia e Germania, e rispettivi alleati).

Nè può ignorarsi, infine, come la fondazione della disciplina comunitaria della concorrenza rifletta ampiamente, piuttosto che un angusto e corporativo protezionismo dello *small business*<sup>(45)</sup>, ben più alte ragioni definibili, ancora nelle parole di Giuliano Amato, in termini di “efficienza democratica”<sup>(46)</sup>. Mi riferisco, come si è già compreso, alle motivazioni “libertarie” (che sulla sponda sudoccidentale del lago Michigan vengono definite “populist”) sviluppate dall’elaborazione della scuola detta ordoliberal di Friburgo, guidata dai giuristi Franz Bohem e Hans Grossman-Doerth e dall’economista Walter Eucken. Questa scuola di pensiero---che *per decenni*, lo ha ricordato David J. Gerber nel 1994, il mondo anglosassone, e segnatamente gli USA, ha sostanzialmente ignorato<sup>(47)</sup> -- valorizzava la tutela della concorrenza, prima che come strumento di efficienze economiche, come garanzia di pluralismo. “For them”--ricorda ancora Gerber(36-37)--“it was not sufficient to protect the individual from the power of government, because governments were not the only threats to individual freedom. Powerful economic institutions could also destroy or limit freedom, especially economic freedom”. Da qui il duplice impegno: “demand the dispersion of not only political power, but economic power as well” (Id., 37). Da qui la sottolineatura dei pericoli, per il processo competitivo, posti dal potere economico *privato*: sottolineatura probabilmente al cuore delle odierne differenze fra antitrust europeo e antitrust americano. Sottolineo “odierne” :ché l’ispirazione pluralista fu come è noto centrale, sin dalle origini e per una lunghissima stagione terminata agli inizi degli anni '80 del secolo appena trascorso, dell’antitrust statunitense (e peraltro v. *supra*, nota 8).

Si rafforza dunque la conclusione che “c’è di più”, nel genoma dell’antitrust europeo---ben di più, rispetto a una miope visione protezionista e corporativa oltre la quale anche autorevoli critici americani della *merger regulation* comunitaria non spingono lo sguardo. Ci sono anche, per l’appunto, “profonde differenze di cultura e di storia”(G. Amato, cit.).

Certo: il constatarlo lascia del tutto impregiudicata la domanda se, anche e specificamente nella disciplina delle concentrazioni, le radici profonde della “differenza europea” conservino significato in epoca attuale, di cd competitività globale, specie considerando lo stadio avanzato delle

---

<sup>45</sup> E' certamente vero che alcuni ordoliberali, come Wilhelm Roepke, "sought an economy composed, to the extent possible, of small and medium-sized firms" ( Gerber, cit., 37). Ma ciò, come detto nel testo, nell'ambito di una visione economica di "liberazione" dell'economia *di mercato* dal pericolo rappresentato dai monopoli (Id., *ivi*, nota 53, riferendo la ricostruzione del pensiero di Roepke offerta da Reinhard Blum, *Soziale Marktwirtschaft: Wirtschaftspolitik zwischen Neoliberalismus und Ordoliberalismus*, 1969, p.76).

Si tratta, vorrei ricordare, di una linea culturale ampiamente condivisa, nella sostanza, dalla giurisprudenza della cd “era Warren” (da *Brown Shoe*, 1962, a *Philadelphia National Bank*, 1963, a *Procter and Gamble*, 1967, per richiamare i casi più celebri) e da numerosi scrittori, convinti, come C. Edwards (*Big Business and the Policy of Competition*, New York, 1956, *passim*, e 131), che il potere economico concentrato avrebbe teso a combinarsi con quello politico--anziché controbilanciarlo-- realizzando una situazione di antidemocratico corporativismo. Convinti insomma, nelle parole di R. Pitofsky (*The Political Content of Antitrust*, cit.) che “concentrated market power can impair individual and business freedom and, depending on the sector of economy in which it occurs, can on occasion threaten democratic values that require dispersion of economic power”. V. anche nota 8, *supra*.

<sup>46</sup> Id., *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, 95

<sup>47</sup> “Despite its enormous importance, ordoliberal thought--and german neo-liberal thought generally--has received little attention in the English-speaking world, and it remains all but unknown in the United States” ( A. cit., *Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition law and the "New" Europe*, in *Am. J. of Comparative L.*, 1994, 25, a p.26 ;v. anche, in nota 2, *ivi*, i riferimenti al ritardo con il quale i contributi degli studiosi di Friburgo furono tradotti in lingua inglese. V. anche il saggio di L. Dinella, *La scuola di Friburgo, o dell'ordoliberalismo*, in *Dir. ed econ.*, 1999, 171.

economie europee, che - potrebbe argomentarsi - sembrano oggi “potersi permettere” una più robusta iniezione di darwinismo concorrenziale, anche rispetto al confronto con gli USA.

E’una domanda che mette in difficoltà il giurista, e lo consiglia a girarla ai cultori di altre materie. Così faccio io, limitandomi a esprimere un duplice dubbio:

a) se l’abbandono della visione, ora evocata, che concilia il perseguimento della competitività con quello di “uno sviluppo armonioso ed equilibrato” potrebbe rafforzare, per i corollari che comporterebbe anche sul piano della politica di concorrenza (*winner takes all*, invece che *winner takes more*), i rischi di “cannibalismo comunitario” evocati dalla prospettiva del c.d. allargamento dell’Unione Europea (prospettiva esplicitamente richiamata per due volte - *considerando* 3 e 6 -- dalla recentissima Proposta di modifica del Regolamento 4064) a molteplici paesi le cui strutture industriali ed economico-sociali (per tacere delle istituzioni a tutela della concorrenza<sup>48</sup>) sono nettamente meno sviluppate rispetto a quelle degli attuali quindici membri dell’Unione;

a) se, anche solo in relazione a questi ultimi, l’abbandono di una concezione che non consente, nonostante la prospettiva di maggiori efficienze, di raggiungere posizioni di monopolio o quasi-monopolio, non rischierebbe di giocare con insidiosa ambiguità in danno dei processi di liberalizzazione (tanto) faticosamente in corso, proprio in Europa, nei settori delle *utilities*. Dopo tutto, se ci basta che il gigante sia buono, perché non tenerci quello(i) che abbiamo, e limitarci, quando occorre, ad assestargli qualche bacchettata “regolatoria”?

**Abstract:** The article deals with the role of “efficiencies” that may result from mergers, particularly vis-à-vis their trade-off with mergers’ anticompetitive effects. The analysis, whose starting point is the strong criticism expressed by authoritative American jurists and economists to recent decisions of the European Commission, devotes special attention to the December 2002 Proposal presented by the Commission to revise the existing merger regulation (Reg. no.4064/89). Said Proposal, and the contextual *Draft Notice* “on appraisal of horizontal mergers” confirm that the EU has evolved towards a positive evaluation of efficiency-enhancing transactions *within* a traditional competition policy that -- via the concept of “dominance”-- is influenced by the “structure-conduct-performance” paradigm. This leads the analysis to further focus on the existing (although sensibly reduced) differences between the American and European approaches, as well as on the conceptual foundations underlying the European position, with reference to both its economic *rationale* and its historical (political) roots: hence rejecting the blunt characterization of European merger law and policy as merely “protecting the inefficient competitors” often affirmed by U.S. critics.

---

<sup>48</sup> Per una ricognizione, tracciata a metà degli anni ’90, della difficile transizione alla concorrenza in alcuni Stati dell’Europa centrale -- Ungheria, Polonia, Repubbliche Ceca e Slovacca -- e del ruolo, oscillante tra lassismo e interventismo, svolto da Autorità e Giudici, cfr. J. Fingleton, E. Fox, D. Neven, P. Seabright, *Competition Policy and the Transformation of Central Europe*, London (CEPR), 1996.