

*“L’essenziale è la contingenza. Voglio dire che,
per definizione, l’esistenza non è la necessità.*

*Esistere è esser lì, semplicemente;
gli esistenti appaiono, si lasciano incontrare,
ma non li si può mai dedurre.”*

J.P. Sartre, *La nausea*

INDICE

INTRODUZIONE

Introduzione.....p. 8

CAPITOLO PRIMO

L' Oligopolio

Sommario.....p. 28

I.1. Premessa.....p. 29

Sezione Prima

“Il problema dell'oligopolio”

I.2. La nozione di oligopoliop. 34

I.2.a. Numero delle imprese ed equilibrio di mercato.....p. 37

I.2.b. Interdipendenza strategica e razionalità oligopolistica.....p. 39

I.3. Il problema dell'oligopolio nel diritto antitrust.....p. 42

Sezione Seconda

L'oligopolio nella teoria economica

I.4. La teoria classica dell'oligopolio: i modelli statici.....p. 46

I.4.a. Il modello di Cournotp. 46

<i>I.4.b. La critica di Bertrand.....</i>	<i>p. 48</i>
<i>I.4.c. Il modello di Edgeworth.....</i>	<i>p. 51</i>
<i>I.4.d. L'interdipendenza competitiva nel modello di von Stackelberg.....</i>	<i>p. 52</i>
<i>I.5. La scuola ordoliberalista di Friburgo.....</i>	<i>p. 54</i>
<i>I.6. La concorrenza monopolistica e la concorrenza imperfetta.....</i>	<i>p. 56</i>
<i>I.7. La Workable competition.....</i>	<i>p. 59</i>
<i>I.8. Lo strutturalismo della scuola di Harvard.....</i>	<i>p. 60</i>
<i>I.9. La scuola di Chicago.....</i>	<i>p. 62</i>
<i>I.10. Post Chicago e la "nuova" economia industriale.....</i>	<i>p. 65</i>
<i>I.11. L'approccio strategico: La Teoria dei giochi.....</i>	<i>p. 67</i>
<i>I.11.a. Descrizione del gioco strategico.....</i>	<i>p. 71</i>
<i>I.11.b. Equilibrio di Nash.....</i>	<i>p. 72</i>
<i>I.11.c. I giochi ripetuti.....</i>	<i>p. 75</i>
<i>I.11.d. Insorgenza endogena della collusione nei giochi ripetuti infinite volte.....</i>	<i>p. 77</i>

CAPITOLO SECONDO

Il parallelismo consapevole e la *Section 1* dello *Sherman Act*

<i>Sommario.....</i>	<i>p. 80</i>
<i>II.1. La Section 1 dello Sherman Act e il conscious parallelism.....</i>	<i>p. 81</i>

Sezione Prima

Identificazione delle fattispecie disciplinate dalla Section 1

<i>II.2. Le nozioni di contract, combination e conspiracy e l'importanza del concetto di agreement in restraint of trade.....</i>	<i>p. 85</i>
<i>II.3. L'evoluzione giurisprudenziale.....</i>	<i>p. 90</i>
<i>II.3.a. Il caso Interstate Circuit.....</i>	<i>p. 92</i>
<i>II.3.b. Il caso American Tobacco.....</i>	<i>p. 95</i>
<i>II.3.c. Il caso Paramount Pictures.....</i>	<i>p. 97</i>
<i>II.3.d. Il caso Theatre Enterprises.....</i>	<i>p. 99</i>
<i>II.4. La dottrina giuridica tradizionale.....</i>	<i>p. 101</i>
<i>II.4.a La posizione di Turner.....</i>	<i>p. 102</i>
<i>II.4.b. La soluzione suggerita dal giudice Posner.....</i>	<i>p. 107</i>
<i>II.4.c. L'approccio mediano di Markovits.....</i>	<i>p. 111</i>

Sezione Seconda

Il problema della prova

<i>II.5. Il problema della prova.....</i>	<i>p. 117</i>
<i>II.6. La dottrina del “parallelism plus”.....</i>	<i>p. 119</i>
<i>II.6.a. I plus factors.....</i>	<i>p. 120</i>
<i>II.6.b. Le pratiche facilitanti.....</i>	<i>p. 123</i>
<i>II.7. Le prime pronunce della Corte Suprema in tema di pratiche facilitanti.....</i>	<i>p. 127</i>
<i>II.8. Lo standard probatorio moderno: Il caso Monsanto.....</i>	<i>p. 131</i>
<i>II.8.a. Il caso Matsushita.....</i>	<i>p. 134</i>

II.8.b. <i>Lo standard probatorio Monsanto-Matsushita</i>	p. 139
II.9. <i>Applicazione dello standard Monsanto-Matsushita da parte delle Corti inferiori</i>	p. 141
II.9.a. <i>Il caso Williamson Oil</i>	p. 143
II.9.b. <i>Il caso Fructose</i>	p. 145
II.9.c. <i>Il caso Flat Glass</i>	p. 147
II.10. <i>Il caso Brooke Group</i>	p. 148
II.11. <i>Il caso Twombly e il “plausibility pleading” standard</i>	p. 149
II.12. <i>Alcune decisioni nel post-Twombly</i>	p. 159

CAPITOLO TERZO

Parallelismo dei comportamenti e pratiche concordate nel diritto antitrust della UE

<i>Sommario</i>	p. 163
III.1 <i>L'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea</i>	p. 164
III.2. <i>La difficile distinzione tra accordo e pratica concordata e il rapporto con l'infrazione unica e complessa</i>	p. 173
III.3 <i>Il parallelismo dei comportamenti e le pratiche concordate</i>	p. 178
III.4 <i>La nozione di pratica concordata nell'evoluzione casistica: il caso Materie Coloranti</i>	p. 179
III.5. <i>Criteri per identificare una pratica concordata</i>	p. 183
III.5.a. <i>Contatti diretti o indiretti tra i concorrenti</i>	p. 184
III.5.b. <i>Volontà collusiva o intenzionalità</i>	p. 188
III.5.c. <i>Comportamenti delle imprese nel mercato e nesso di</i>	

<i>causalità</i>	p. 190
<i>III.5.d. Irrilevanza della prova degli effetti restrittivi sul mercato</i>	p. 192
<i>III.6. Le pratiche concordanti e il problema della prova</i>	p. 195
<i>III.7. Il caso Pasta di legno II</i>	p. 197
<i>III.8. Lo standard probatorio</i>	p. 201
<i>III.8.a. Le pratiche facilitanti</i>	p. 204
<i>III.8.b. La rilevanza dello scambio di informazioni</i>	p. 209
<i>III.8.c. Il caso Uk Tractors</i>	p. 215
<i>III.9. Onere della prova</i>	p. 217

CAPITOLO QUARTO

Interdipendenza oligopolistica e azione concertata nel diritto *antitrust*: una sintesi

<i>Sommario</i>	p. 221
<i>IV.1. La “oligopoly defence”</i>	p. 222
<i>IV.2. Critiche alla teoria dell’interdipendenza oligopolistica</i>	p. 223
<i>IV.3. Rapporto tra le diverse forme di parallelismo e i comportamenti indipendenti e interdipendenti</i>	p. 226
<i>IV.4. Intervento del diritto antitrust sugli effetti anticoncorrenziali o sull’intento collusivo</i>	p. 228
<i>IV.5. Ruolo dell’intento collusivo nel diritto antitrust statunitense</i>	p. 231
<i>IV.6. Un approccio maggiormente basato sugli effetti nel diritto antitrust europeo</i>	p. 235
<i>IV.7. Esiste un “unproved cartel gap” nell’enforcement del diritto</i>	

antitrust?.....p. 237

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Riferimenti Bibliografici.....p. 240

Sentenze delle Corti statunitensi.....p. 264

Sentenze e Ordinanze delle Corti europee.....p. 268

Decisioni della Commissione.....p. 275

INTRODUZIONE

Nei moderni ordinamenti giuridici, la normativa *antitrust* nasce dall'esigenza di evitare che all'interno del mercato si vengano a creare situazioni di potere economico¹ in capo a uno o più soggetti, «*più potenti o più furbi*»,² tali da limitare la libertà di scelta altrui.

Al fine si garantire il regolare funzionamento del mercato la concorrenza diviene, pertanto, un fattore necessario, in assenza del quale non vi è efficienza, la qualità dei prodotti diminuisce, mentre inevitabilmente i prezzi salgono a detrimento dei consumatori e dell'economia in generale.

Proprio per questo motivo, le Autorità *antitrust* si sono trovate in difficoltà quando, a partire dalla metà del Diciannovesimo secolo, si sono moltiplicati i mercati a vocazione oligopolistica, caratterizzati dalla presenza di pochi grandi operatori economici.

¹ Il potere economico, altrimenti noto come potere di mercato, può essere definito come quella capacità di una o più imprese di alzare i prezzi di un dato prodotto o servizio in maniera durevole e profittevole, senza che ciò comporti la perdita di quote di mercato tale da rendere l'aumento stesso poco conveniente per l'impresa o le imprese interessate. Il potere di mercato si misura tecnicamente attraverso la differenza tra prezzo e costo marginale e il grado di elasticità della domanda, ovvero attraverso l'indice di Lerner ($L = P - Mc / P$). Quanto più l'indice di Lerner si avvicina allo zero, meno potere di mercato si manifesta, e viceversa. Nella prassi, effettuare questo calcolo può essere particolarmente problematico, poiché è molto difficile venire a conoscenza del costo marginale sopportato da una data impresa. Per tale motivo gli economisti hanno elaborato un sistema di calcolo, sostitutivo dell'indice di Lerner, basato sulle quote di mercato, in base al quale tanto più alte sono le quote dell'impresa, tanto maggiore sarà il potere di mercato di un'impresa.

² F. DENOZZA, *Antitrust. Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna, il Mulino, 1988, 9

Lo scenario oligopolistico generalmente si contraddistingue per l'esistenza di una stabilità che è il risultato di un equilibrio tra aree di influenza acquisite e rispettate e per la presenza di un allineamento delle condizioni commerciali (cosiddetto parallelismo consapevole³), il quale non presuppone necessariamente l'esistenza di una concertazione esplicita, ben potendo rappresentare una conseguenza dei normali meccanismi competitivi, ovvero del diritto di ogni impresa di adattarsi intelligentemente al comportamento esistente o anticipato dei propri concorrenti.

É, infatti, la struttura del mercato nel quale le imprese operano a permettere alle stesse di riconoscere i loro interessi così come la loro interdipendenza; monitorare i comportamenti reciproci al fine di determinare le proprie strategie di mercato rendendo così trasparente per i

³ Con la locuzione *parallelismo consapevole* si fa, generalmente, riferimento al comportamento delle imprese oligopolistiche, in cui si riassume l'idea stessa di oligopolio, tale per cui le stesse, sulla base delle esperienze maturate nel corso del tempo, conformano le proprie decisioni, generando sul mercato - pur in assenza di qualsiasi collusione - effetti distorsivi della concorrenza. L'essenza del problema è stata molto chiaramente affermata nella definizione di "*conscious parallelism*" contenuta nel *Glossary of Industrial Organization Economic and Competition Law* dell'OECD, secondo la quale «*Under conditions of oligopoly, the pricing and output actions of one firm have a significant impact upon [those] of its rivals. Firms may after some period of repeated actions become conscious or aware of this fact and without an explicit agreement coordinate their behaviour as if they were engaged in collusive behaviour or a cartel to fix prices and restrict output. The fear that departure from such behaviour may lead to costly price cutting, lower profits and market share instability may further create incentives for firms to maintain such an implicit arrangement amongst themselves. This form of conscious parallel behaviour or tacit collusion generally has the same economic effect as a combination, conspiracy or price fixing agreement. However, whether or not conscious parallel behaviour constitutes an illegal action which is restrictive of competition is [a] subject of controversy in both competition law and economics. Price uniformity may be a normal outcome of rational economic behaviour in markets with few sellers and homogenous products. Arguments have been advanced that the burden proof must be higher than circumstantial evidence of concerted or parallel behaviour and uniform pricing and output policies. In other words, conscious parallelism in and of itself should not necessarily be construed as evidence of collusion. The problem arises more from the nature of the market or industry structure in which firms operate than from their respective behaviour.*»

pochi agenti economici ciò che generalmente è sconosciuto alle imprese che operano in mercati atomistici; non avere incentivi a competere gli uni con gli altri (in particolare, utilizzando come variabile strategica il prezzo⁴); e, infine, guadagnare profitti sovra-competitivi.⁵

Da tali circostanze discendono serie difficoltà nell'identificare i confini tra condotte lecite e illecite. Ed invero, mentre nella letteratura giuridica vi è un generale consenso circa la necessità di punire la collusione esplicita tra concorrenti, considerata peraltro come la più grave delle violazioni *antitrust*,⁶ divergenti sono le opinioni in merito al parallelismo dei comportamenti.

I modesti risultati economici in mercati oligopolistici, le difficoltà riscontrate nel distinguere le condotte lecite da quelle illecite e nel trovare

⁴ L'oligopolio scoraggia le guerre concorrenziali perché i costi che questa implica sono a priori più alti dei benefici che – per ipotesi – potrebbe portare al termine.

⁵ La determinazione delle caratteristiche dello stato finale di equilibrio cui perviene il gioco competitivo in oligopolio costituisce un punto di estremo interesse per la teoria economica. Se tale equilibrio corrisponde a una situazione in cui alcune imprese ottengono profitti superiori a quelli normali, allora si tratta di un equilibrio inefficiente, la cui persistenza dipende dall'instaurarsi di una qualche forma di potere di mercato oppure dalla presenza di barriere che rendono il mercato non perfettamente contendibile. L'unica forma di mercato che permette una allocazione efficiente delle risorse è la concorrenza perfetta, poiché solo in tale ipotesi il prezzo è pari al costo marginale, ovvero a quel costo ulteriore che l'impresa deve sostenere per produrre una unità in più di prodotto. In tal senso si veda H. HOVENKAMP, *Economics and Federal Antitrust Law*, St. Paul, West Publishing Co., 1985, 9-10.

⁶ Si pensi, in particolare, ai cartelli comunemente considerati, nel diritto *antitrust* statunitense, sulla scorta di quanto statuito nella sentenza della Corte Suprema, *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398, 408 (2004), come “*the supreme evil of antitrust*” e definiti, nel diritto europeo della concorrenza, come “*cancers on the open market*”. Così, M. Monti, *Fighting Cartels Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour? 3rd Nordic Competition Policy Conference Stockholm, 11-12 September 2000*, consultabile su <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/00/295&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

un effettivo rimedio per la collusione tacita⁷ hanno generato un *gap* nell'*enforcement* del diritto *antitrust*. Tanto che per molto tempo in letteratura si è parlato del “problema dell'oligopolio.”⁸

⁷ Per definire tutte le forme di coordinamento tra imprese concorrenti realizzate senza contatti diretti tra le parti, la letteratura economica utilizza spesso l'espressione “collusione tacita”, in contrapposizione a quella di collusione esplicita. Sebbene, tuttavia, questa espressione sia utilizzata anche dal diritto della concorrenza, essa in tale contesto assume un significato parzialmente diverso. Secondo l'approccio più tradizionale seguito dalla letteratura economica, infatti, l'obiettivo di ogni forma di collusione, sia esplicita che tacita, è la massimizzazione dei profitti congiunti degli agenti, con la differenza che, nel primo caso, le parti lo perseguono definendo direttamente le rispettive strategie, mentre, nel secondo caso, viene raggiunto indirettamente attraverso la capacità di ciascun operatore di tener conto dell'interdipendenza strategica che lega le rispettive azioni. Si veda M. IVALDI, B. JULLIEN, P. REY, P. SEABRIGHT, J. TIROLE, *The economics of tacit collusion*, in V. GHOSHAL, J. STENNEK (edited by), *The Political Economy of Antitrust*, Oxford, Elsevier, 2007, 217–240. Viceversa, il diritto della concorrenza utilizza l'espressione “*collusione tacita*” con un'accezione diversa. Dal punto di vista della normativa *antitrust* un comportamento collusivo è tale se l'autonomia dei singoli operatori viene alterata e sostituita da una forma qualsiasi di coordinamento in grado di eliminare l'incertezza tipica dei rapporti tra operatori concorrenti. Indipendentemente dal meccanismo utilizzato, la giurisprudenza qualifica come fattispecie vietata tutti i comportamenti aventi come oggetto o effetto il raggiungimento di un equilibrio diverso da quello concorrenziale, non realizzabile o spiegabile dalle normali condizioni di mercato. In questo senso è possibile affermare che ogni qual volta si verifica una restrizione della concorrenza dal punto di vista *antitrust*, la collusione è esplicita, essendo o il fine o la conseguenza di un comportamento volontario adottato dalle parti. Si confronti, S. STROUX, *Article 82 EC – Dominance and Oligopolies*, in G. AMATO, C.D. EHLERMANN (edited by), *EC Competition Law – A Critical Assessment*, Oxford and Portland, Oregon, 2007, 210: «*while economists include both phenomena under the term “collusion”, as the outcome of both is detrimental to welfare, legally a difference is made, due to the lawyer’s need to have evidence of illegal behaviour. The economic approach is effect-based; the legal approach focuses on the means by which the outcome is reached.*»

⁸ Nella vasta produzione scientifica dedicata a questo tema, si vedano, a titolo esemplificativo, D.F. TURNER, *The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusal to Deal*, 75 Harv. L. Rev. 655 (1961-1962); R.A. POSNER, *Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach*, 21 Stan. L. Rev. 1562 (1969); P.E. AREEDA, *Introduction to Antitrust Economics*, 52 Antitrust L.J. 523 (1983); G.J. STIGLER, *A Theory of Oligopoly*, in *Journal of Political Economy*, 72, (1964), 44 ss; G.A. HAY, *Oligopoly, Shared Monopoly, And Antitrust Law*, 67 Cornell L. Rev. 439, 461 (1981-82); J.B. BAKER, *Two Sherman Act Section 1 Dilemmas: Parallel Pricing, the Oligopoly Problem, and Contemporary Economic Theory*, 38 Antitrust Bull. 144, 145 (1993); P.E. AREEDA, L. KAPLOW, A. EDLIN, *Antitrust Analysis: Problem, Text and Cases*, New York,

Naturalmente, ciò non significa che il diritto della concorrenza non possa essere applicato in tali mercati⁹ o che l'esistenza di un mercato oligopolistico rappresenti un problema di per sé. È, tuttavia, un fatto che «[o]ligopolies have posed considerable theoretical and practical issue for economists [...] enforcers and lawyers».¹⁰

Esiste una vasta e feconda letteratura sul tema, alimentata dalla necessità di limitare gli effetti anticompetitivi nel rispetto del principio della certezza del diritto che dovrebbe garantire alle imprese la consapevolezza della liceità delle proprie strategie di mercato.

Su entrambe le sponde dell'Atlantico, le principali difficoltà hanno, in particolare, riguardato la questione - ancora oggi tra le più controverse

Aspen, 6th ed., 2004, 202-214; J.W. **BROCK**, *Antitrust Policy and the Oligopoly Problem*, 51 *Antitrust Bull.* 227 (2006); A. **DEVLIN**, *A Proposed Solution to the Problem of Parallel Pricing in Oligopolistic Markets*, 59 *Stan. L. Rev.* 1111 (2007); T.A. **PIRAINO, JR.**, *Regulating Oligopoly Conduct Under the Antitrust Laws*, 89 *Minn. L. Rev.* 9 (2004-2005); O. **BLACK**, *Communication, Concerted Practices and the Oligopoly Problem*, in *European Competition Journal*, 2005; L. **KAPLOW**, *On the Meaning of Horizontal Agreement in Competition Law*, 99 *Calif. L. Rev.* 683 (2011); A. **CAPOBIANCO**, *Collusion, Agreements and Concerted Practices: An Economic and Legal Perspective*, in G. **AMATO**, C.D. **EHLERMANN** (edited by), *EC Competition Law. A Critical Assessment*, Oxford and Portland, Hart publishing, 2007, 35 ss; R. **WHISH**, *Competition Law*, Oxford, OUP, VI ed., 2009, 545 ss; B.E. **HAWK**, G. **MOTTA**, *Oligopolies and Collective dominance: A solution in search of a problem*, in *Antitrust Between EC Law and National Law* (E.A. **RAFFAELLI** ed. 2009)

⁹ Ed invero, che il diritto della concorrenza possa svolgere un ruolo importante nei mercati oligopolistici lo si può dedurre dai fatti e, in particolare, dai vari precedenti americani ed europei che si avrà modo di analizzare capitoli secondo e terzo del presente lavoro.

¹⁰ Così, B.E. **HAWK**, G. **MOTTA**, (*supra*, nt. 8), 60. Come autorevolmente sottolineato da R. **WHISH**, (*supra*, nt. 8), 506, infatti, «*the expression oligopoly is not entirely helpful in describing the situation of concern for competition authorities, since there are many markets in which there are only a few sellers and yet which are highly competitive; and there are others in which there may be many economic operators and yet a failure of the competitive market mechanism. Some oligopolies are "benign" in term of competition; other may be malign where they are particularly conducive to uncompetitive outcomes. For this reason, it is increasingly recognised that to the address the problem of the oligopoly, as if the problem were purely numerical, is to miss the correct target*».

all'ordine del giorno nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale - dell'individuazione di un rimedio effettivo al parallelismo consapevole.

Le soluzioni prospettate e le posizioni assunte si sono mostrate piuttosto eterogenee, generando perplessità e presentando, talvolta, lacune ed incongruenze.

La prima soluzione a venire in rilievo è quella legislativa, adottata da alcuni ordinamenti attraverso la predisposizione di norme con un ampio ambito di applicazione. Così, ad esempio, la legge *antitrust* spagnola che proibisce «*todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o **práctica concertada o conscientemente paralela** [grassetto aggiunto], que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional*».¹¹

Tale scelta, tuttavia, non è esente da critiche. Basti pensare all'invasivo intervento che, con una disposizione di tal fatta, lo Stato potrebbe realizzare sul funzionamento dei mercati, nonché alle incertezze ermeneutiche che ne discendono. Volendo riprendere l'esempio della Spagna, si può rilevare che, a seguito dell'introduzione della citata disposizione, la questione maggiormente dibattuta è divenuta la possibilità o meno di considerare le categorie di pratica concordata e pratica coscientemente parallela come equivalenti o distinte.¹²

¹¹ Così dispone l'articolo 1 della Legge n. 15 del 3 luglio 2007 “*de Defensa de la Competencia*.”

Secondo il rapporto UNCTAD *Model Law of Competition* del 2000, peraltro, un simile approccio è adottato anche della Côte d'Ivoire, dall'Ungheria dal Venezuela, così come dai paesi della Comunità Andina e dalla legislazione Mercosur

¹² La giurisprudenza del *Tribunal de Defensa de la Competencia* ha sostenuto entrambe queste due interpretazioni. Per un esame dettagliato della casistica spagnola si veda R.

Un secondo approccio, di natura strutturale, muove dalla considerazione che se, come spiegato dalla teoria economica,¹³ è la struttura di mercato oligopolistica a portare inevitabilmente le parti ad adottare condotte parallele, il rimedio maggiormente efficace non può che essere quello di prevenire *ex ante* la concentrazione delle industrie.¹⁴ In dottrina, diversi autori, sia negli Stati Uniti che in Europa,¹⁵ sostengono che il controllo delle concentrazioni, essendo preventivo, possa essere considerato lo strumento più idoneo ad affrontare il problema del parallelismo dei comportamenti.

In realtà, anche questo rimedio presenta alcuni difetti che non possono essere trascurati. Innanzitutto, anch'esso richiede per la sua attuazione un pervasivo intervento regolatore. In secondo luogo, il rischio cui si potrebbe andare incontro mediante un controllo preventivo è quello di proibire concentrazioni che, laddove invece venissero autorizzate, non produrrebbero effetti anticoncorrenziali, bensì benefici per il mercato (il

ALLENDESALAZAR, P. MARTÍNEZ-LAGE, R. VALLINA, *Oligopolies, Conscious Parallelism and Concentration*, in C.D. EHLERMANN, I. ATANASIU (edited by), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of prohibition of Cartels*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2007, 119 ss.

¹³ Sulla teoria economica dell'oligopolio si veda il primo Capitolo del presente lavoro.

¹⁴ La disciplina delle concentrazioni, è dettata, in Europa, dal Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese ("Regolamento comunitario sulle concentrazioni"), GU. L-24/1, 29 gennaio 2004, che ha sostituito il precedente Regolamento del Consiglio (CEE) n. 4064/89, del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, GU L-395/1, 30 dicembre 1989; e negli Stati Uniti, dalla *Section 7* del *Clayton Act* e dalle *U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines 1992*, come modificate nel 1997, consultabili su <http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.shtm>

¹⁵ A. CAPOBIANCO, *Collusion*, (*supra*, nt. 8), 55-79; S. STROUX, *US and EC Oligopoly Control*, The Hague, Kluwer Law International, 2004, 246 ss; B.E. HAWK, G. MOTTA, (*supra*, nt. 8), 65 ss

problema dei falsi positivi) o, viceversa, il rischio di autorizzare concentrazioni dannose (il problema dei falsi negativi). Infine, un'ulteriore critica concerne il fatto che, sebbene un intervento *ex ante* sia idoneo a prevenire la concentrazione di nuovi mercati, a poco può essere utile per quei mercati (e sono la maggior parte) che già presentano questo tipo di criticità.

Il terzo, alternativo approccio al problema in esame è di natura squisitamente comportamentale e riguarda la repressione *ex post* di tutti gli illeciti posti in essere dalle imprese, siano essi il frutto di una azione concertata o di comportamenti unilaterali sia pur collettivamente adottati. Nella prima ipotesi, il riferimento è alle norme che sanzionano la collusione tra imprese, mentre, nella seconda ipotesi, alle teorie dello *shared monopoly* e della posizione dominante collettiva.

La teoria dello *shared monopoly* è stata elaborata dalla dottrina *antitrust* statunitense¹⁶ sulla base del dato letterale della la *Section 2* dello *Sherman Act*.¹⁷ Tale norma sanziona la monopolizzazione o il tentativo di

¹⁶ Si veda, D.F. TURNER, *The scope of Antitrust and Other Economic Regulatory Policies*, 82 Harv. L. Rev. 1207, 1225 ss (1969). La locuzione “*shared monopoly*” è stata utilizzata anche dalle autorità governative, ad esempio, dal Attorney General G.B. Bell nel discorso tenuto il 19 marzo 1977 ad Harvard, in cui veniva esposto il programma del Department of Justice per indicare una soluzione al problema della “*indirect collusion*” disponibile su <http://www.justice.gov/ag/aghistorical/bell/1977/03-19-1977a.pdf>.

Vicina alla teoria dello *shared monopoly* è anche la teoria del “*no-fault oligopoly*” o “*no-fault shared monopoly*,” formulata per la prima volta da P. NEAL, *Report of the White House Task Force on Antitrust Policy*, pubblicato in 2 *Antitrust L & Econ. Rev.* 11, 26-27 (1969). Queste ultime teorie, tuttavia, non affrontano il problema dei prezzi oligopolistici dal punto di vista del parallelismo dei comportamenti, ma da quello della struttura del mercato, percepita come la prima causa degli effetti anticoncorrenziali, per cui l'unica soluzione sarebbe la deconcentrazione del mercato. Si veda, C. KAYSEN, D.F. TURNER, *Antitrust Policy – An Economic and Legal Analysis*, Harvard University Press, Cambridge (1959), 111

¹⁷ 15 U.S.C. § 2, secondo il quale «*[e]very person who shall monopolize, or attempt to*

monopolizzazione di un mercato tanto nel caso in cui detti comportamenti siano adottati individualmente, così come nel caso in cui più soggetti “combine or conspire [...] to monopolize.”

Le Corti statunitensi, invero, hanno rigettato l’applicazione della *Section 2* dello *Sherman Act* ai comportamenti degli oligopolisti¹⁸ e, in particolare, la validità della teoria dello “shared monopoly,” considerata peraltro da alcuni autori come non «intellectually sustainable»¹⁹ La ragione di tale rifiuto è stata sintetizzata da Hovenkamp. Secondo questo Autore forzare gli oligopolisti a comportarsi come se il mercato fosse perfettamente concorrenziale significherebbe: richiedere agli stessi di agire irrazionalmente; coinvolgere l’autorità giudiziaria in materie che le sono estranee, come il controllo dei prezzi; e, infine, trattare gli oligopolisti in maniera più stringente rispetto al monopolista, «which would not make sense».²⁰

Anche la teoria della posizione dominante collettiva²¹ è stata

monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine [...]»

¹⁸ Si veda, per tutte, *Rebel Oil Company Inc. v. Atlantic Richfield Company*, 51 F.3d 1421, 1443 (9th Circ., 1995)

¹⁹ T.E. KAUPER, *Oligopoly: Facilitating Practices and Plus Factors*, in 2007, Fordham Competition Law Institute, 751, 755 (B. Hawk, ed. 2008)

²⁰ Si veda P.E. AREEDA, H. HOVENKAMP, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, IIIA, 2nd ed., 2002, 396. È interessante, sin da ora, notare che tali condizioni sono le medesime sulla base delle quali Turner ritiene inapplicabile la *Section 1* dello *Sherman Act* alle ipotesi di oligopolio. Sulla posizione di Turner si tornerà approfonditamente al paragrafo II.3.a del presente lavoro.

²¹ In dottrina, tra i sostenitori della tesi dell’applicazione dell’articolo 102 TFUE alla collusione tacita, si vedano M. FILIPPELLI, *Collective Dominance in Competition Law*, Roma, ed. provv., 2011, *passim*; A. JONES, B. SUFRIN, *EC Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 3rd ed., 2011, 836 ss; C. ESTEVA MOSSO, S.A. RAYAN, S. ALBAEK, M.L. TIERNO CENTELLA, *Article 82*, in J. FAULL, A. NIKPAY (edited by), *The EC Law of*

elaborata muovendo dal dato testuale dell'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (di seguito "TFUE"),²² ma rispetto alla teoria dello *shared monopoly* ha riscosso un maggiore successo in dottrina e un'applicazione da parte delle Corti europee. Proprio per questo motivo si ritiene opportuno dedicare a tale teoria una maggiore attenzione.

L'articolo 102 TFUE²³ sancisce l'incompatibilità con il mercato

Competition, New York, Oxford University Press, 2nd ed., 2007, 341 ss; R. O'DONOGHUE, J.A. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2006, 146 ss.

²² A fronte dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la dimensione giuridica dell'Europa ha subito parziali modifiche, alcune delle quali particolarmente rilevanti rispetto all'oggetto della presente trattazione. Esigenze metodologiche richiedono di indicare in via preliminare quali siano queste novità, così da garantire un più fluido e scorrevole approccio al testo.

A decorrere, infatti, dal 1° dicembre 2009, l'Unione europea ha sostituito la Comunità europea e succede alla stessa. In base all'articolo 1 del Trattato di Lisbona, sono stati modificati sia il Trattato sull'Unione europea del 1992 (TUE) che il Trattato istitutivo delle Comunità europee e successive modifiche (TCE), denominato ora Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Queste modifiche nominali si riflettono oggi nella formale sostituzione dell'aggettivo "comunitario" con l'espressione "dell'Unione". Tuttavia, nel corso della trattazione si riterrà a volte opportuno mantenere l'uso dell'aggettivo "comunitario", mantenendone pertanto immutato il valore semantico.

Un'ulteriore necessaria precisazione riguarda la nuova numerazione delle disposizioni del sistema giuridico dell'Unione. Per quel che interessa ai nostri fini, si noti come le norme in tema di intese e abusi di posizione dominante, contenute negli articoli 81 e 82 del Trattato istitutivo delle Comunità Europee (TCE) - e, ancor prima, negli articoli 85 e 86 del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea (CEE) - sono confluite, senza subire però alcuna modifica sostanziale, negli articoli 101 e 102 del TFUE.

Nel presente lavoro, si darà conto della nuova collocazione topografica e, dunque, ogni riferimento alla nuova numerazione dovrà intendersi come operato anche alla vecchia numerazione.

Per una raffinata analisi in merito alle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona e agli effetti che ne sono derivati in tema di concorrenza, si rinvia a M. LIBERTINI, *Concorrenza* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Annali III, Milano, Giuffrè, 2010, 192 ss

²³ L'articolo dispone che «È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo.

Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque;

comune e il divieto, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, dello sfruttamento abusivo “*da parte di una o più imprese*” di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di esso. L’oggetto del divieto riguarda, dunque, sia il comportamento abusivo unilaterale, cioè praticato da una singola impresa, sia lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante detenuta congiuntamente da più imprese.²⁴

La nozione di dominanza collettiva, in particolare, per come elaborata sulla scorta della prassi delle decisioni della Commissione europea, è stata ricondotta a una «*situazione di mercato caratterizzata dalla presenza di un oligopolio ristretto, in cui poche imprese agiscono in maniera interdipendente, dando luogo agli stessi risultati anticompetitivi di un cartello*»²⁵. In siffatte ipotesi, l’abuso di posizione dominante collettiva si concreta nella pratica di prezzi oligopolistici.

b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;
c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;
d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.»

²⁴ Al pari della posizione dominante singola, la posizione dominante collettiva comporta un grado elevato di potenza economica, che consente, a chi la detiene, di operare sul mercato senza tener conto, o tenendo conto solo in misura limitata, delle reazioni degli altri soggetti, concorrenti, clienti o fornitori, che operano nello stesso mercato.

Per una definizione del concetto di posizione dominante singola si veda la sentenza della Corte di Giustizia, 14 febbraio 1978, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione delle Comunità europee*. C-27/76, Racc. 1978 207, paragrafo 65. Si veda, altresì, 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione delle Comunità europee*, C-85/76, Racc. 1979 461.

²⁵ C. TESAURO, *Crisi dell'impresa e posizione dominante collettiva nella disciplina delle concentrazioni*, in *Foro it.*, IV, 1999, 46

In alcune decisioni adottate nel corso gli anni Novanta,²⁶ le Corti europee hanno precisato le tre condizioni richieste perché si possa affermare che in un dato mercato vi è una posizione dominante collettiva (cosiddetto “test a tre punte”).²⁷ Innanzitutto, è necessario che le imprese che si suppone siano in posizione dominante collettiva si presentino nel mercato o agiscano come se fossero un'unica entità economica²⁸; è necessario, inoltre, che vi siano legami economici o strutturali o altri fattori di correlazione tra le imprese²⁹; infine, l'individuazione di una posizione dominante può dipendere da una valutazione della struttura del mercato interessato.³⁰

²⁶ La fattispecie dell'abuso di posizione dominante collettiva è confermata per la prima volta in un *obiter dictum* della sentenza del Tribunale di Primo Grado, 10 marzo 1992, *Società Italiana Vetro SpA e altri c. Commissione delle Comunità europee*, Cause riunite T-68, 77-78/89, Racc. 1992 II-1403, paragrafi 360 e 366, ma anche i primi dibattiti sul tema risalgono già agli anni Settanta. Si vedano, ad esempio, la sentenza della Corte di Giustizia, 8 giugno 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c. Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, C-78/70, Racc. 1971 487, paragrafo 17; e la decisione della Commissione 73/109/CEE, 2 gennaio 1973, relativa ad una procedura d'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato CEE, IV/26.918 - *Industria europea dello zucchero*, GU. L-140/17, 26 maggio 1973, sezione E, paragrafo 2.

²⁷ Si veda, A. CAPOBIANCO, *Collusion*, (supra, nt. 8), 52-53

²⁸ Si veda, Corte di Giustizia, 16 marzo 2000, *Compagnie maritimes belges transports SA, Compagnie maritimes belges SA e Dafra-Lines A/S c. Commissione delle Comunità europee*, Cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, Racc. 2000 I-1365, paragrafo 36

²⁹ Si vedano, Corte di Giustizia, 27 aprile 1994, *Comune di Almelo e altri c. NV Energiebedrijf Ijsselmij NV*, C-393/92, Racc. 1994 I-1477, paragrafi 42-43; 17 ottobre 1995, *DIP SpA e altri c. Comune di Bassano del Grappa e Comune di Chioggia*, Cause riunite C-140/94, C-141/94 e C-142/94, Racc. 1995 I-3257, paragrafo 26; 5 ottobre 1995, *Centro Servizi Spediporto Srl c. Spedizioni Marittima del Golfo Srl*, Causa C-96/94, Racc. 1995 I-2883, paragrafo 33; 17 giugno 1997, *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA e Anni Azzurri Rezzato Srl c. Regione Lombardia*, C-70/95, Racc. 1997 I-3395, paragrafo 46; 31 marzo 1998, *Repubblica francese e Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) e Entreprise minière et chimique (EMC) c. Commissione delle Comunità europee*, Cause riunite C-68/94 e C-30/95, Racc. 1998 I-1375, paragrafo 221.

³⁰ Si vedano, in tal senso, Tribunale di Primo Grado, 25 marzo 1999, *Gencor Ltd c. Commissione delle Comunità europee*, T-102/96, Racc. 1999 II-753, paragrafo 276; 6 giugno

Come è dato evincere dal riferimento alla valutazione della struttura del mercato contenuta nell'ultimo dei criteri appena elencati, la ricerca per la definizione della posizione dominante collettiva, che ha preso le mosse dall'interpretazione dell'articolo 102 TFUE, si è poi estesa al controllo delle concentrazioni, sulla scorta di quanto sancito dal paragrafo 2 dell'articolo 2 del vecchio Regolamento n. 4064/89,³¹ che identificava la ragione del divieto delle concentrazioni nella creazione o rafforzamento di una posizione dominante (cosiddetto test di dominanza).³² Attraverso il richiamo alla dominanza contenuto in tale disposizione tutta l'elaborazione

2002, *Airtours plc c. Commissione delle Comunità europee*, T-342/99, Racc. 2002 II-2585. In particolare, in quest'ultima sentenza, considerata una pietra miliare nell'evoluzione del controllo delle concentrazioni, il Tribunale di Primo Grado ha enunciato al paragrafo 62 le tre specifiche condizioni che hanno svolto un importante ruolo di guida nella difficile ricerca della posizione dominante collettiva. Secondo i giudici europei, perché vi sia posizione dominante collettiva, occorre, innanzitutto, che il mercato sia sufficientemente trasparente da consentire a ciascun membro dell'oligopolio dominante di poter conoscere il comportamento degli altri membri, al fine di verificare se essi adottino o meno la stessa linea d'azione. È, in secondo luogo, necessario che ci siano fattori di dissuasione sufficienti ad assicurare con continuità un incentivo a non scostarsi dalla linea di condotta comune. Infine è necessario che la reazione prevedibile dei concorrenti effettivi e potenziali nonché dei consumatori non rimetterebbe in discussione i risultati attesi dalla comune linea d'azione.

³¹ In particolare, tale disposizione sanciva che «*[l]e operazioni di concentrazione che non creano o non rafforzano una posizione dominante, da cui risulti che una concorrenza effettiva sia ostacolata in modo significativo nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, devono essere dichiarate compatibili con il mercato comune.*».

³² Il peculiare iter valutativo aveva generato svariati nodi interpretativi oggetto di critica da cui ha preso origine il dibattito per la revisione del *test di dominanza* e che è poi sfociato nell'adozione del *test SIEC (Significant Impediment to Effective Competition)* da parte del articolo 2 del nuovo Regolamento n. 139/04. Tale norma definisce, infatti, come incompatibili con il mercato comune “*le concentrazioni che ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante*”. La riforma della normativa sul controllo delle concentrazioni ha, dunque, modificato in senso sostanziale i criteri di valutazione non rendendo più necessaria l'individuazione della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante (o dominante collettiva) per bloccare l'operazione di concentrazione.

in tema di posizione dominante, anche collettiva, è transitata nell'ambito della valutazione delle concentrazioni.

Sebbene, dotata di un indiscutibile fascino, la teoria della posizione dominante collettiva, presenta anch'essa dei limiti.

Ed invero, i principi messi in evidenza non risultano, ancora, perfettamente chiari, con la conseguente incertezza per le imprese rispetto alla liceità dei propri comportamenti. Le difficoltà dipendono, in primo luogo, dall'obiettiva incertezza nello stabilire quali legami o fattori di correlazione debbano sussistere fra due o più imprese indipendenti – nessuna delle quali detenga individualmente una posizione dominante – per poterle legittimamente considerare come un'unica entità. In effetti, la dominanza collettiva è stata applicata solo in limitate circostanze e, in molti casi, è stata rinvenuta laddove le imprese supposte di comportarsi come una entità unica nel mercato erano legate da accordi consensuali (nella forma di accordi contrattuali o, anche, indirettamente attraverso la partecipazione alla medesima associazione di imprese).³³

In secondo luogo, il principale criterio applicato, ovvero il fatto di presentarsi nel mercato o agire da un punto di vista economico come una entità collettiva non è idoneo a supportare l'applicazione dell'articolo in questione alle ipotesi di mera interdipendenza oligopolistica³⁴.

Inoltre, come evidenziato in dottrina,³⁵ sembra che non sia stata

³³ Si veda, a titolo esemplificativo, il caso *Compagnie maritimes belges* in cui il legame tra le imprese è stato individuato nella partecipazione alla conferenza marittima *Associated Central West Africa Lines (Cewal)*.

³⁴ Si veda, R. **WHISH**, (*supra*, nt. 8), 114

³⁵ Si veda, B.E. **HAWK**, G. **MOTTA**, (*supra*, nt. 8), 87; F.E. **MEZZANOTTE**, *Tacit collusion as economic link in Article 82 EC revisited*, in *E.C.L.R.*, 3, 2009, 141; E.A.

presa in giusta considerazione dalle Autorità *antitrust* la divergenza tra l'applicazione della fattispecie di abuso di posizione dominante, che si basa su un'analisi *ex post*, e l'applicazione della normativa sul controllo delle concentrazioni, che invece è necessariamente sempre *ex ante*, generando così non poca confusione tra le due discipline.³⁶

Infine, appare utile sottolineare che, mentre un riferimento alla posizione dominante collettiva era contenuta nel *Discussion Paper* sull'applicazione dell'articolo 82 del trattato agli abusi escludenti,³⁷ la versione finale degli orientamenti della Commissione³⁸ non contiene alcuna statuizione in merito alla questione, con ciò realizzando come un'inversione di rotta in merito al riconoscimento di tale figura e alla possibilità di ricondurre i comportamenti oligopolistici nell'alveo dell'abuso di posizione dominante (collettiva).

Alla luce di quanto sin qui premesso, il presente lavoro muove

RAFFAELLI, D. OTTOLENGHI, *La posizione dominante collettiva: quali prospettive dopo Airtours?*, in *Conc. e Merc.*, 13-14, 2005 – 2006, 449

³⁶ Esemplicativo di tale confusione concettuale è il caso *Piau* in cui il Tribunale di Primo Grado, chiamato a verificare se alcune previsioni del regolamento della FIFA potessero essere considerate come abuso di posizione dominante collettiva, richiama i criteri indicati nel caso *Airtours* in tema di concentrazioni. Si vedano i paragrafi 110-111 della sentenza del Tribunale di Primo Grado, 26 gennaio 2005, *Laurent Piau c. Commissione delle Comunità europee*, T-193/02, Racc. 2005 II-209, confermata da una Ordinanza della Corte di Giustizia, 23 febbraio 2006, *Laurent Piau c. Commissione delle Comunità europee*, C-171/05 P, Racc. 2006 I-37.

³⁷ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 15, consultabile su <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html>. Per un commento critico sul Discussion Paper della Commissione si veda, T. VECCHI, *Unilateral Conduct in an Oligopoly according to the Discussion Paper on Art. 82: Conscious Parallelism or Abuse of Collective Dominance*, in *World Competition*, 31(3), 2008, 385 ss

³⁸ Comunicazione della Commissione — Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, GU C-45/7, 24 febbraio 2009

dall'idea che la corretta impostazione del problema della collusione oligopolistica possa essere rinvenibile nel divieto di porre in essere un'azione concertata, ovvero la *Section 1* dello *Sherman Act*³⁹ e l'articolo 101 TFUE.⁴⁰

Sia negli Stati Uniti che in Europa, invero, differenti sono le questioni ermeneutiche connesse alla fattispecie delle “*concerted actions*”, attinenti, da un lato, all'aspetto definitorio e, dall'altro, al regime probatorio.

Per quanto attiene al primo profilo, il problema riguarda l'individuazione dell'esatta definizione di azione concertata e, in particolare, la ricerca della relazione tra la *concerted action* e l'*agreement* e tra la *concerted action* e il *conscious parallelism*. La genesi di tale problema risiede nella circostanza che né la *Section 1* dello *Sherman Act*, né l'articolo 101 TFUE nel vietare determinati tipi di condotte, forniscono una definizione chiara e univoca di ciò che deve intendersi per *contract*, *combination* e *conspiracy in restraint of trade*, da un lato, e per *accordi e pratiche concordate*, dall'altro.

Il secondo aspetto problematico involge, invece, il tipo di prova che deve sussistere perché si possa affermare di essere in presenza di un coordinamento illecito e l'identificazione del soggetto su cui ricade l'onere probatorio.

Il presente lavoro si propone, pertanto, di esaminare, in una

³⁹ Sul punto si rinvia al secondo Capitolo del presente lavoro

⁴⁰ Sul punto si rinvia al terzo Capitolo del presente lavoro

prospettiva di analisi comparatistica, come le discipline *antitrust*⁴¹ europea e statunitense abbiano rispettivamente affrontato le problematiche connesse ai comportamenti paralleli delle imprese nei mercati oligopolistici. In particolare, esso si compone di quattro parti, organizzate come segue.

Nella fase iniziale dell'indagine, l'attenzione verrà focalizzata, innanzitutto, sull'esposizione del problema dell'oligopolio. In considerazione del ruolo di primaria importanza che l'analisi economica ha assunto oggi per il lavoro quotidiano del giurista che si occupa di diritto *antitrust*,⁴² si è ritenuta opportuna la contestuale trattazione degli aspetti giuridici e degli aspetti economici della fattispecie.

Nel secondo e nel terzo Capitolo verrà analizzato come il problema del parallelismo consapevole, che si concretizza in condotte uniformi a scapito della concorrenza e dei consumatori, sia stato affrontato

⁴¹ Nel presente lavoro, utilizzerò indifferentemente le locuzioni “*diritto della concorrenza*” e “*diritto antitrust*”, nonostante le differenze semantiche che queste due espressioni portano con loro. Come noto, infatti, il termine *antitrust* nasce, per ragioni storiche, negli Stati Uniti, data l'esigenza maggiormente avvertita al momento dell'entrata in vigore dello *Sherman Act* (conosciuto come *Anti-Trust Act*) di contrastare l'uso da parte delle imprese del *trust* (istituto fiduciario tradizionale del *common law*) per fissare i prezzi e ripartire il mercato. Il primo a suggerire l'uso del *trust* per finalità anticoncorrenziali è stato John D. Rockefeller con lo *Standard Oil Trust*, considerato come “*a menacing octopus with tentacles stretching across the cuntry.*” Si vedano R.J.R. **PERITZ**, *Competition Policy in America. History, Rhetoric, Law*, New York, Revised Edition, Oxford University Press, 2000, 9; G. **AMATO**, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, il Mulino, 1998, 13

⁴² Si vedano L. **PEEPERKORN**, V. **VEROUDEN**, *The Economics of Competition*, in J. **FAULL**, A. **NIKPAY** (edited by), *The EC law of competition*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 4; R. **VAN DEN BERGH**, P.D. **CAMESASCA**, *European Competition Law and Economics. A comparative Perspective*, London, Sweet & Maxwell, 2nd ed., 2006, 54 ss; C. **OSTI**, *Antitrust e oligopolio – Concorrenza, cooperazione e concentrazione*, Bologna, il Mulino, 1995, 7; J.E. **KWOKA** Jr., L.J. **WHITE**, *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy*, New York, Oxford University Press, 5th ed., 2009; R. **POSNER**, *Economic Analysis of Law*, New York, Aspen, 7th ed., 2007, 295 ss

rispettivamente negli Stati Uniti e in Europa.

Infine, nella parte conclusiva del lavoro sarà effettuata una sintesi e una critica degli approcci seguiti nei due sistemi esaminati.

Prima di procedere nella trattazione, preme fare alcune precisazioni di metodo.

Numerose sono le ragioni che giustificano una ricerca fondata sull'analisi comparativa del diritto *antitrust* americano ed europeo.

Innanzitutto, sebbene ad oggi nel mondo siano più di cento i sistemi giuridici dotati di una legge in materia di concorrenza,⁴³ il diritto statunitense e quello europeo possono essere considerati quelli maggiormente sviluppati e importanti. Entrambi proibiscono ogni forma di cooperazione illecita tra i concorrenti nel mercato sia che si tratti di accordi espliciti così come di tacite intese in restrizione della concorrenza.

Inoltre, nonostante le profonde differenze esistenti,⁴⁴ appare, in ogni

⁴³ Tra gli ultimi interventi normativi in tema di concorrenza si ricordano, a titolo esemplificativo, la *Anti-Monopoly Law* (AML), entrata in vigore il 1° agosto 2008 nella Repubblica Popolare Cinese; la Legge colombiana No. 1340 del 2009; il *Competition Act* indiano del 2002; il *Competition Act* russo del 2006 (la Legge Federale No. 135-FZ del 26 giugno 2006); il *Competition Act* sloveno del 2008; e, il Singapore *Competition Act* del 2004.

⁴⁴ A tal proposito pare opportuno confutare il luogo comune secondo cui la disciplina antitrust europea affonderebbe le sue radici in quella americana. Tra i sostenitori di tale tesi si vedano, N. ABRIANI, G. COTTINO, M. RICOLFI, *Diritto industriale*, in G. COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, II, Padova, CEDAM, 2001, 537; G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Bologna, CLUEB, 1991, 21.

Questa erronea convinzione è basata sul convincimento che siano stati gli americani, durante l'occupazione seguita alla seconda guerra mondiale, a spingere i paesi europei a dotarsi di una disciplina della concorrenza e non tiene conto delle specificità che invece caratterizzano la vicenda europea. Sebbene, infatti, in Europa, lo sviluppo di una disciplina della concorrenza prenda avvio con molto ritardo rispetto all'esperienza statunitense - considerato il favore che, nel corso del Diciannovesimo secolo, hanno ricevuto l'associazionismo tra imprese e i cartelli legittimati come espressione della libertà contrattuale - essa non è una mera emulazione del

caso, condivisibile quanto affermato da Whish e Sufrin, secondo i quali «*much can be learnt from a system of law that in 1990 celebrated its centenary*»⁴⁵. Ciò significa, tra le altre cose, che limitati sono i “*commercial phenomena*” che non siano stati affrontati nei casi e nella letteratura *antitrust* statunitense e tra questi un posto d’onore deve, senz’altro, essere riconosciuto al problema del parallelismo dei comportamenti in mercati oligopolistici.

Ed invero, se negli Stati Uniti, già a partire della fine del Diciannovesimo secolo, molti settori industriali - come quelli delle ferrovie e dell’acciaio - erano concentrati, nello stesso periodo, in Europa generalmente le imprese erano relativamente piccole e di rilevanza nazionale. Allo stesso modo, la prassi e la letteratura giuridica statunitensi percepivano le influenze della teoria economica in un momento precedente rispetto a quanto avvenuto nel diritto europeo della concorrenza.

Proprio in considerazione di tali circostanze, l’analisi del diritto *antitrust* statunitense precederà quella del diritto europeo.

Vorrei concludere questa introduzione formulando un personale ringraziamento al mio Maestro, il Professore Vincenzo Meli per essere stato in questi anni una guida sempre presente con i suoi consigli puntuali e accurati.

diritto *antitrust* statunitense, ma è basata principalmente su idee sviluppate in Europa da pensatore europei in risposta a condizioni e problematiche peculiarmente europee. Si vedano, M. LIBERTINI, *Concorrenza*, (*supra*, nt. 22), 207; D.J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus*, New York, Oxford University Press, 1998, 3; T.A. FREYER, *Antitrust and Global Capitalism, 1930-2004*, New York, Cambridge University Press, 2006, 245 ss.

⁴⁵ R. WHISH, B. SUFRIN, *Competition Law*, London, Butterworths, 1993, 16.

Vorrei, inoltre, ringraziare le strutture che mi hanno permesso di approfondire lo studio della tematica dell'interdipendenza oligopolistica e della *concerted action* nell'esperienza *antitrust* statunitense ed europea. Mi riferisco, in particolare, al Dipartimento di Diritto privato generale dell'Università degli Studi di Palermo, alla Direzione Centrale per i Rapporti Comunitari dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato italiana, presso la quale ho svolto uno *stage* di sei mesi, che mi ha permesso di esaminare concretamente la prassi comunitaria e nazionale, e alla *Fordham University School of Law* di New York, dove ho trascorso un periodo di cinque mesi come *visiting research fellow* durante lo *spring semester* 2011 e in cui ho avuto modo di approfondire ulteriormente la mia ricerca con riferimento all'ordinamento statunitense.

Vorrei, infine, ringraziare i Professori Guido Smorto e Barry E. Hawk per i loro utili consigli.

CAPITOLO PRIMO

L' Oligopolio

“Nessuno dubita che il mercato sia un ordine: taluni lo dichiarano esplicitamente, altri lo presuppongono o lo lasciano argomentare. Ordine, nel senso di regolarità e prevedibilità dell'agire: chi entra nel mercato – nel mercato di un dato bene – sa che l'agire, proprio e altrui, è governato da regole, e dunque che, entro la misura definita da codeste regole, i comportamenti sono prevedibili.”⁴⁶

Sommario: I.1. Premessa; Sezione Prima - “Il problema dell'oligopolio”;
I.2. La nozione di oligopolio; I.2.a. Numero delle imprese ed equilibrio di mercato; I.2.b. Interdipendenza strategica e razionalità oligopolistica; I.3. Il problema dell'oligopolio nel diritto antitrust; Sezione Seconda - L'oligopolio nella teoria economica; I.4. La teoria classica dell'oligopolio: i modelli statici; I.4.a. Il modello di Cournot; I.4.b. La critica di Bertrand; I.4.c. Il modello di Edgeworth; I.4.d. L'interdipendenza competitiva nel modello di von Stackelberg; I.5. La concorrenza monopolistica e la concorrenza imperfetta; I.6. La scuola ordoliberalista di Friburgo; I.7. La Workable competition; I.8. Lo strutturalismo della scuola di Harvard; I.9. La scuola di Chicago; I.10. Post Chicago e la “nuova” economia industriale; I.11. L'approccio strategico: La Teoria dei giochi; I.11.a. Descrizione del gioco strategico; I.11.b. Equilibrio di Nash; I.11.c. I giochi ripetuti; I.11.d. Insorgenza endogena della collusione nei giochi ripetuti infinite volte.

⁴⁶

N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, La terza, 1998, 5

Premessa

La concorrenza perfetta e il monopolio, secondo una nota metafora, sono forme di mercato collocate agli estremi opposti della scala del potere economico e, tuttavia, accomunate dall'enfasi posta sulla struttura del mercato e dal fatto che entrambe trascurano i comportamenti delle imprese al loro interno. Infatti, il solo assunto comportamentale preso in considerazione è la tendenza alla massimizzazione del profitto.⁴⁷

In un mercato perfettamente concorrenziale la produzione complessiva è suddivisa fra le varie imprese in maniera uniforme, cosicché la produzione di ogni singola unità ha dimensioni talmente limitate rispetto

⁴⁷ La formulazione e l'analisi dei modelli di concorrenza perfetta e monopolio emergono nella letteratura economica della fine dell'Ottocento e prendono pienamente corpo nei primi decenni del Novecento. Tra gli autori del pensiero neoclassico, che hanno posto quelle che verranno considerate le basi della moderna microeconomia, si impone – per completezza e chiarezza dei contenuti – l'opera di A. **MARSHALL**, *Principles of Economics*, MacMillan, London, 1890. Nel testo, l'Autore espone due concetti fondamentali, ipotesi imprescindibili dell'evoluzione di entrambi i modelli, ovvero la teoria della razionalità massimizzante e la teoria dell'equilibrio economico generale di origine walrasiana. Pur non volendo svilire l'importanza del pensiero neoclassico, è tuttavia opportuno - per precisione - ricordare che alcuni concetti utilizzati da questi autori si rivengono parzialmente anche nella letteratura classica. Infatti, le radici del concetto di concorrenza, ma anche le prime considerazioni in merito all'influenza del numero dei venditori sul funzionamento del mercato, si rinvergono già nell'opera del diciottesimo secolo di A. **SMITH**, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, London: Methuen and Co., Ltd., 1776, in italiano: *La ricchezza delle nazioni*, Libro Primo, Capitolo X, Edizione speciale realizzata per Milano Finanza, 2006.

In argomento, fra i molti contributi, si vedano a titolo esemplificativo, R. **PALADINI**, voce *Concorrenza*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, II, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1992, 249 ss; A. **HEIMLER**, P. **FATTORI**, voce *Monopolio e politiche antimonopolistiche*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, VI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1996, 16 ss. Si vedano, altresì, M. **LIBERTINI**, *Concorrenza*, (*supra*, nt. 22), 222 ss; R. **VAN DEN BERGH**, *Introduzione: L'analisi economica del diritto della concorrenza*, in A. **FRIGNANI**, R. **PARDOLESI**, A. **PATRONI GRIFFI**, L.C. **UBERTAZZI** (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, vol. I, Bologna, Zanichelli, 1993, 5 ss

alla produzione complessiva del mercato, che l'agente economico non può individualmente influenzare il prezzo di equilibrio di mercato, variando il proprio *output*. Tale prezzo è un dato esogeno immodificabile dall'impresa atomistica, che, proprio per questa ragione, viene considerata un agente *price taker*, che non può fare altro che produrre quanto le consente di allinearsi al prezzo dato dal mercato.

All'estremo opposto del segmento del potere di mercato si trova il monopolista, che non risulta influenzato dalle possibili reazioni degli imprenditori rivali in quanto in monopolio, per definizione, non vi sono altri produttori attivi, né possono entrarne nel mercato. L'impresa monopolista ha il potere esclusivo di restringere l'*output* e perciò fissare il prezzo di vendita dei beni e dei servizi, realizzando profitti sovracompetitivi, senza curarsi del fatto che, al contempo, nel mercato si realizza una perdita secca.

Da tale, sia pur sintetica, indicazione dei dati caratterizzanti la concorrenza perfetta e il monopolio è possibile cogliere la scarsa importanza attribuita al comportamento delle imprese che operano all'interno di simili forme di mercato. Ciò avviene poiché è la struttura di mercato a condurre *linea recta* a uno specifico risultato.⁴⁸

Nella realtà economica osservabile, tuttavia, difficilmente i mercati aderiscono agli schemi propri dei modelli teorici puri della concorrenza perfetta e del monopolio. Nella maggior parte dei casi ci si trova di fronte a mercati che funzionano secondo dinamiche molto più complesse. Numerosi, ad esempio, sono i mercati caratterizzati da fenomeni di

⁴⁸ Si vedano L. PEEPERKORN, V. VEROUDEN, (*supra*, nt. 42), 24

concentrazione industriale quale conseguenza del crescente peso delle economie di scala in molti settori produttivi con tendenze e politiche sempre più rigide di contenimento dei costi.

Ed invero, sin dalla metà del secolo scorso in Europa, e già alla fine del diciannovesimo secolo negli Stati Uniti, si è registrato un vertiginoso incremento di mercati a vocazione oligopolistica,⁴⁹ dovuto, soprattutto, alla proliferazione delle concentrazioni tra imprese e dei cartelli.

Anche l'impresa oligopolistica detiene ed esercita un potere di mercato, ma questo, da un lato, è inferiore a quello del monopolista e, dall'altro, è superiore a quello che può esercitare un'impresa operante in condizioni di concorrenza.

L'oligopolio viene, infatti, generalmente descritto come la più importante forma di mercato situata *somewhere*⁵⁰ tra l'equilibrio concorrenziale e quello monopolistico. Una forma di mercato in cui operano poche imprese di dimensioni non trascurabili, nessuna delle quali si trova individualmente in una posizione di supremazia, ma tutte consapevoli «*del fatto che le decisioni di ciascuna di esse sono*

⁴⁹ È bene precisare che in questo contesto il termine oligopolio è riferibile tanto al mercato concorrenziale in cui operano poche imprese, quanto al mercato in cui il ridotto numero di offerenti, insieme con altri fattori, consente alle imprese di prendere il controllo della domanda, diventando *price-maker*. Non sono, infatti, le quote di mercato in se stesse a propiziare l'oligopolio *strictu sensu*, quanto, piuttosto, l'esistenza di molteplici elementi da valutare congiuntamente. Ed invero, l'esistenza di poche imprese può dipendere da fattori tecnologici (ad esempio, nel caso di economie di scala generate da elevati costi di ricerca e sviluppo), regolamentari o di mercato. Sul punto di veda, L. **PROSPETTI**, M. **SIRAGUSA**, M. **BERETTA**, M. **MERINI**, *Economia e diritto antitrust – un'introduzione*, Roma, Carocci editore, 2008, 31

⁵⁰ R. **WHISH**, (*supra*, nt. 8), 506

*strategicamente interdipendenti con quelle di tutte le altre.»*⁵¹

Tale circostanza, per cui necessariamente il comportamento di ogni agente influenza i risultati ottenibili dagli altri e questi di converso determinano il risultato del primo, rappresenta la caratteristica precipua del cosiddetto mercato dei pochi, ma ne costituisce anche il principale argomento a sfavore.

L'interdipendenza oligopolistica determina *in primis* una difficoltà di analisi del mercato oligopolistico. L'esito del comportamento degli operatori può variare talmente tanto che uno delle più popolari affermazioni recita che “*with oligopoly anything goes.*”⁵² La teoria, infatti, non può predire se una determinata struttura di mercato porterà a risultati perfettamente concorrenziali o perfettamente collusivi, o più preferibilmente in una posizione intermedia tra questi estremi.

L'applicazione delle teorie economiche dell'oligopolio al diritto della concorrenza, in particolare, costituisce un nodo problematico sotto due distinti profili. Da un lato, la nozione di mercato oligopolistico non è stata - e non lo è tuttora - di facile individuazione; dall'altro, notevoli sono le difficoltà che il giurista incontra nell'applicare il diritto *antitrust* ad una forma di mercato “*intrinsecamente anticoncorrenziale.*”⁵³

Scopo del presente Capitolo è, dunque, quello di analizzare il

⁵¹ M. GRILLO, F. SILVA, *Impresa, Concorrenza, Organizzazione*, Roma, La Nuova Scientifica, 1989, 165; si veda, altresì, C. OSTI, (*supra*, nt. 42), 115

⁵² Si vedano, L. PEEPERKORN, V. VEROUDEN, (*supra*, nt. 42), 24; ma anche G. NIELS, *Collective dominance: more than just oligopolistic interdependence*, in *E.C.L.R.*, 22, 2001, 169, secondo il quale: «*It has been said that the oligopoly problem is indeterminate, because in oligopoly “anything can happen”.*»

⁵³ S. STROUX, *Article 82 EC – Dominance and Oligopolies*, (*supra*, nt. 7), 210

problema dell'oligopolio sotto il suo duplice profilo.

A tal fine, nella prima sezione, si affronterà specificamente il cosiddetto problema dell'oligopolio. Si cercherà, innanzitutto, di individuare la definizione di oligopolio incentrando l'attenzione su ciò che costituisce il *quid proprium* di questa forma di mercato, ovvero l'interdipendenza dei comportamenti. Nel paragrafo I.3 verrà spiegato perché l'oligopolio può costituire un problema ai fini dell'applicazione del diritto antitrust. Nella seconda sezione, verranno analizzati, seppur brevemente e senza pretesa di esaustività, i principali modelli teorici di oligopolio: dalla teoria classica dell'oligopolio alla Teoria dei Giochi.

Sezione Prima
“Il problema dell'oligopolio”

I.2. La nozione di oligopolio

L'individuazione della nozione di mercato oligopolistico non è stata, e non è tuttora, di facile soluzione.

Se si assume come criterio analitico il numero delle imprese, risulta naturale descrivere l'oligopolio come quella struttura di mercato nella quale operano soltanto pochi offerenti o di “concorrenza fra pochi”⁵⁴. Tale criterio, tuttavia, non è sufficiente a fornire una definizione compiuta di oligopolio, giacché non tiene in considerazione la principale caratteristica che contraddistingue tale forma di mercato rispetto alla concorrenza perfetta e al monopolio, che, come accennato, è l'interazione strategica tra le imprese.⁵⁵

Ed invero, in un mercato oligopolistico operano così poche imprese che ognuna di esse, da un lato, riconosce che la scelta della migliore strategia d'azione dipende dalle scelte fatte dalle imprese rivali e, dall'altro, è consapevole dell'impatto potenziale delle proprie politiche sulle altre

⁵⁴ Si veda, W. FELLNER, *Competition among the Few: Oligopoly and Similar Market*, New York, Alfred A. Knopf, 1949, *passim*

⁵⁵ Si vedano, L. PEEPERKORN, V. VEROUDEN, (*supra*, nt. 42), 24: «*The main characteristic is that the companies on such a market realize or believe that their individual behaviour concerning output, price, etc influences the market outcome and that therefore each individual company realizes that its own actions may provoke reactions from its competitors*».

imprese presenti nel mercato.

Ogni impresa, dunque, si preoccupa, prima di tutto, dei possibili ed eventuali comportamenti attivi delle altre imprese che con essa spartiscono il mercato, per studiare la migliore delle reazioni logiche possibili, e delle possibili reazioni di queste ad ogni propria azione⁵⁶. In altre parole, si potrebbe dire che le decisioni di un'impresa dipendono dalle congetture che la stessa fa circa le decisioni che saranno assunte e le reazioni che saranno poste in essere delle imprese rivali, in risposta al suo stesso comportamento.⁵⁷

Proprio per questo motivo, la letteratura che si è occupata del tema sottolinea che il principale problema è costituito dal fatto che la teoria dell'oligopolio «*si trova in uno stato fluido*»,⁵⁸ dal momento che virtualmente esiste una serie praticamente infinita di possibilità di funzionamento (ognuna derivante dalla combinazione dell'azione di un operatore con la reazione dei concorrenti), tanto da rendere pressoché impossibile enucleare a livello teorico le leggi economiche universalmente applicabili.⁵⁹

⁵⁶ G. SCARCIA, *Le concentrazioni nei mercati oligopolistici nell'ottica del nuovo regolamento: un epitaffio per la posizione dominante collettiva?*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2004, 1079 ss

⁵⁷ F. M. SCHERER, D. ROSS, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston, Houghton-Mifflin Co., 3rd ed., 1990, 199 descrivono il fenomeno dell'interdipendenza oligopolistica nei seguenti termini: «*[e]ach firm recognize that its best choice depends upon the choices its rivals make. **The firms are interdependent and acutely aware of it.** [grassetto aggiunto] Their decisions depend then upon the assumptions they might be entertained. These decisions go a long way toward determining firm profitability and industry performance.*»

⁵⁸ P. SYLOS LABINI, *Oligopolio e progresso tecnico*, Torino, Piccola Biblioteca Einaudi, 1972, 45

⁵⁹ In tal senso, E.A. RAFFAELLI, *L'evoluzione del concetto di posizione dominante*

Mentre, infatti, esiste un unico modello di mercato perfettamente concorrenziale e un unico modello di monopolio, non esiste un unico modello di oligopolio:⁶⁰ «l'oligopolio, più che una forma di mercato, è una costellazione di forme di mercato,»⁶¹ che si differenziano sulla base del tipo di concorrenza che le imprese si fanno l'un l'altra e del tipo di interazione strategica che esiste tra le stesse.

Per quanto riguarda il tipo di concorrenza, risulta interessante richiamare l'affermazione di Sylos Labini, secondo il quale «si ha oligopolio in quanto la condotta di ciascun uomo d'affari è determinata dalla preoccupazione delle reazioni dei rivali; questa preoccupazione, però, non assume la forma di lambiccate congetture, ma si traduce nel canone, molto semplice: *quieta non movere.*»⁶²

In oligopolio, dunque, la migliore delle condizioni – o meglio la

collettiva nella disciplina antitrust, in *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, (1), 2007, 36; si veda, anche, P. SYLOS LABINI, (*supra*, nt. 58), 46, secondo il quale «[s]ono state e continuano ad essere prospettate le soluzioni più diverse; né a rigor di logica la scelta è agevole. [...] La produzione di ipotesi e soluzioni siffatte ha raggiunto proporzioni allarmanti: uno degli economisti che si sono dedicati a questa attività, Stackelberg, ad un certo punto scoprì che “le diverse ipotesi possono dar luogo ad un numero di casi così grande da sconcertare”». Sul tema si veda, altresì, G. NIELS, (*supra*, nt. 52), 169.

⁶⁰ G. SCARCIA, (*supra*, nt. 56), 1080 la quale sostiene perfino che, l'oligopolio sia “privo di struttura”, in quanto «sono gli stessi operatori che consapevoli della loro interdipendenza, “costituiscono” la struttura del mercato su cui operano tramite un intrecciarsi continuo di azioni-reazioni reciproche (praticamente impossibile da prevedere a livello teorico) – negli oligopoli non collusivi – o determinando l'andamento del mercato sulla base di una interdipendenza strategica, detta “parallelismo intelligente e consapevole” – negli oligopoli collusivi - ».

⁶¹ R. SIGNORINO, *Istituzioni di economia politica - volume I – microeconomia*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2008, 413

⁶² P. SYLOS LABINI, (*supra*, nt. 58), 50. L'autore prosegue specificando che «in particolare, l'ipotesi della curva ad angolo ci dice che il prezzo, una volta che sia stato fissato ad un livello accettabile da tutti gli imprenditori, tende a restare dov'è (muta solo se mutano tutti gli elementi del costo).»

condizione ideale – è la semplice “*non concorrenza*”. Gli operatori massimizzano il loro profitto congiunto minimizzando i costi totali, «*in una situazione di parallelismo generale, razionale, intelligente, consapevole e strategico*»⁶³, in cui seguire il rivale in ogni scelta economica si rivela, tendenzialmente, la migliore delle scelte possibili, da cui consegue comunque l’aumento dei benefici complessivi e la diminuzione dell’incentivo ad adottare individualmente un’attitudine concorrenziale.⁶⁴

Tale assunto si spiega proprio in ragione dell’inesistenza di leggi economiche che consentono agli oligopolisti di trovare un equilibrio in cui operare, per cui quest’ultimo viene raggiunto dalle imprese nella situazione di inerzia che permette loro una stabile presenza nel mercato senza doversi preoccupare di aggiornamenti tecnologici continui che, se fossero effettuati dalle imprese rivali, diventerebbero necessari per tutti gli oligopolisti (per poter sostenere la concorrenza) e causerebbero notevoli aumenti dei costi. Le imprese rinunciano a porre in essere aggressive strategie concorrenziali, con la conseguenza che il livello generalizzato dei prezzi può essere superiore al livello competitivo, le quantità scarseggiano e la qualità dei prodotti essere scadente.

1.2.a. Numero delle imprese ed equilibrio di mercato

Affinché un numero ristretto di grandi imprese riesca a controllare

⁶³ G. SCARCIA, (*supra*, nt. 56) 1080

⁶⁴ *Ibidem*

buona parte della produzione e a regolare i prezzi è necessario che il processo di concentrazione del mercato abbia raggiunto una stadio talmente elevato che il numero degli imprenditori presenti nello stesso sia o sia divenuto assai piccolo.

Sebbene la teoria classica non dia indicazioni chiare in merito al numero massimo di imprese che devono operare all'interno di un mercato perché questo possa essere definito come mercato oligopolistico, individua nel duopolio il numero minimo.

Si potrebbe, pertanto, affermare che si sia in presenza di un oligopolio anche nel caso in cui all'interno del mercato operino cinque, dieci, o anche più imprese di dimensioni e potere di mercato significativi.⁶⁵

Ovviamente, in virtù della relazione inversa che esiste tra numero delle imprese e potere di mercato, tanto minore è il numero di imprese quanto maggiore è la possibilità che in un dato mercato esista un potere di mercato esercitato anche collettivamente dalle imprese ivi operanti.

Il problema noto alla letteratura economica con l'espressione *problema dell'oligopolio* non è, tuttavia, costituito dal numero ridotto dei produttori operanti nel mercato, ma allude piuttosto in forma sintetica all'impatto che tale forma di mercato può avere sulla costituzioni di posizioni di potere economico detenuto congiuntamente da due o più imprese.⁶⁶

⁶⁵ Secondo P.E. AREEDA, (*supra*, nt. 8), 529, fenomeni di collusione tacita appaiono più probabili in mercati con solamente tre o quattro produttori.

⁶⁶ C. RIZZA, *La posizione dominante collettiva nella giurisprudenza comunitaria*, in *Conc. e Merc.*, 8/2000, 513

I.2.b. Interdipendenza strategica e razionalità oligopolistica

Alla base dell'interdipendenza oligopolistica e del parallelismo che ne consegue c'è, oltre ad una causa meramente strutturale (la presenza di pochi operatori), una motivazione economica: dato il ridotto numero di operatori e le ottimali condizioni di mercato (prodotto omogeneo e stagnazione), ogni oligopolista è consapevole del fatto che una eventuale modifica del livello del prezzo da esso effettuato, seguito dagli altri oligopolisti sulla base di un ragionamento economico logico e razionale,⁶⁷ consentirà il raggiungimento di profitti congiunti estremamente elevati – pari quasi a quelli del monopolista – e la riduzione generale dei costi; e ciò anche in assenza di forme di collusione esplicita fra i concorrenti.⁶⁸

⁶⁷ In economia, una scelta si definisce razionale nel momento in cui massimizza la funzione-obiettivo dell'agente economico entro vincoli dati. In altri termini, una scelta si definisce razionale nel momento in cui l'agente economico fa il meglio che può in una data circostanza, dati i mezzi a sua disposizione. Il criterio di razionalità economica implica che gli agenti economici, posti di fronte ad un problema decisionale in cui sono chiamati a scegliere fra opzioni differenti, non agiscono a caso o sulla base di consuetudini sociali di cui non sono consapevoli o accettate supinamente. Al contrario, gli agenti economici agiscono mossi da obiettivi individuali di cui sono perfettamente consapevoli e valutano attentamente la congruità di ogni loro azione al raggiungimento del fine che si sono preposti (*goal-oriented behaviour hypothesis*).

⁶⁸ Gli equilibri oligopolistici fondati su tali dinamiche restano, tuttavia, per loro natura precari, considerato il gran numero di eventi che possono minacciarli. Si pensi, ad esempio, all'ingresso di nuovi concorrenti o all'assunzione di condotte devianti da parte di un oligopolista. Del resto è, infatti, proprio per dare stabilità ai fenomeni di collusione tacita che talvolta le imprese optano per la conclusione di veri e propri cartelli. In considerazione di tale natura, si ritiene che una situazione di collusione tacita in oligopolio sia sostenibile e possa essere duratura nel tempo solo in presenza di alcune caratteristiche del mercato. In particolare, sono condizioni essenziali: la trasparenza del mercato, che consente agli operatori di convergere verso un punto di riferimento comune (cd. *focal point*) - ad esempio il livello dei prezzi; l'esistenza di meccanismi credibili e tempestivi di rappresaglia, quali, ad esempio, la minaccia di una immediata guerra dei prezzi, la presenza di legami strutturali o altre forme di cointeressenze economiche, nonché la presenza contestuale di membri dell'oligopolio su una

L'elemento portante, e la più incisiva giustificazione dell'immunità oligopolistica, consiste nel riconoscere come l'uniformità del comportamento tenuto dagli oligopolisti non è altro che il risultato del loro prendere atto della propria interdipendenza, che essi non possono **intelligentemente e razionalmente** mancare di riconoscere. Ciò in quanto un sistema giuridico non può imporre agli operatori economici di comportarsi volutamente in maniera irrazionale e controproducente. È stato, infatti, osservato che «*no one can be forced to behave as if he possessed less intelligence than he really does.*»⁶⁹

L'esempio tradizionalmente addotto per spiegare tale razionalità è quello della diminuzione del prezzo da parte di un operatore⁷⁰. In questo caso l'effetto di spostamento della clientela è per ipotesi tanto rapido, e la concentrazione di mercato rende tale fatto tanto visibile da parte degli altri concorrenti, che questi non avranno di regola altra scelta che seguire il

pluralità di mercati; e, infine, l'assenza di vincoli concorrenziali esterni.

⁶⁹ Si vedano, L. PEEPERKORN, V. VEROUDEN, (*supra*, nt. 42), 26

⁷⁰ Il raggiungimento di un livello di prezzo quasi monopolistico è, infatti, sovente agevolato dall'esistenza di una situazione di *price leadership*, naturalmente a patto che le decisioni dell'impresa *leader* vengano puntualmente seguite dagli altri oligopolisti *price-takers*. In tale contesto, i produttori tenderanno a preferire forme di cooperazione basate su elementi diversi dal prezzo, consapevoli che, in questo caso, le eventuali azioni e reazioni dei concorrenti sono in genere meno rapide e visibili. Inoltre, ciascuno dei membri del gruppo oligopolistico può decidere unilateralmente adottare pratiche facilitanti, dirette a rendere più facile, all'intero gruppo degli *incumbent* astenersi dal competere l'uno con l'altro, ovvero pratiche dirette a scoraggiare nuove entrate nel mercato.

Il rischio che i produttori, mediante la consapevole adesione a politiche commerciali altrui, siano in grado di praticare in parallelo prezzi più gravosi e ottenere così maggiori profitti che in una situazione di effettiva concorrenza sarà tanto maggiore quanto più forte e la disciplina del gruppo. In tal senso, particolare rilevanza assume la capacità di scoprire e punire (ad esempio, con iniziative di prezzo mirate ed aggressive) i partecipanti al coordinamento implicito che si sottraggono all'osservanza dei relativi termini per realizzare maggiori profitti nel breve periodo, mettendo a repentaglio la tenuta dell'interazione coordinata. Si veda, a tal proposito, C. RIZZA, (*supra*, nt. 66), 514

prezzo al ribasso. Tale risultato di uniformità di prezzi al ribasso, dunque, risponde ad un comportamento indipendente da parte degli oligopolisti, e più in particolare esso risponde ad una *necessità* e non potrebbe pertanto essere sanzionato.

Diversamente, qualora uno tra gli oligopolisti aumenti il prezzo di vendita, i concorrenti sono consapevoli del fatto che, nel caso in cui essi non lo seguano, il primo sarà costretto a tornare al prezzo originario. I concorrenti si chiederanno, dunque, se a loro conviene seguire l'aumento, dovendo inevitabilmente concludere che così è, in quanto ad essi conviene sfruttare collettivamente il vantaggio del monopolista. In tal caso si vede subito come il parallelismo, sia non necessitato, ma, piuttosto, razionale, onde, secondo alcuni, tale comportamento sarebbe sanzionabile.⁷¹

Ciò detto, occorre tuttavia tener presente che, da una parte, è piuttosto inusuale che un comportamento sia davvero necessario, e non semplicemente più vantaggioso. Infatti, anche nel caso delle diminuzioni di prezzo è raro che il mercato sia a tal punto aperto e trasparente da comportare per l'impresa la perdita totale della sua clientela; più spesso essa dovrà sopportare una certa contrazione delle vendite.

D'altra parte, la linea tra ciò che è imposto dal mercato e ciò che rientra nella mera convenienza di ognuno è spesso piuttosto difficile da tracciare ed essa non passa necessariamente per la distinzione tra aumenti e

⁷¹ In realtà il parametro della necessità sembra essere più restrittivo di quello adottato tanto dalla giurisprudenza statunitense, quanto da quella europea, che, come si avrà modo di vedere nei successivi capitoli secondo e terzo del presente lavoro, ammettono espressamente che si debba riconoscere agli operatori il diritto di adattarsi in maniera intelligente al mercato, poiché non si possono costringere le imprese rivali ad ignorare gli effetti reciproci dei loro comportamenti.

diminuzioni di prezzo. Infatti può essere che un'impresa posseda sui suoi concorrenti un vantaggio che non è compensato dal minore prezzo di questi, onde la diminuzione di prezzo da essi attuata non la obbliga necessariamente ad adeguarsi. Di contro, allorché l'aumento dei prezzi risponda ad una variazione delle condizioni di mercato (ad esempio, nel caso in cui l'aumento di prezzo consegua ad un aumento dei costi di produzione), esso può rappresentare un comportamento necessitato per l'oligopolista.

L'oligopolio, quindi, con questa sua tipica non concorrenza e con il suo parallelismo, che si concretizza in condotte uniformi a scapito dei consumatori, dei piccoli operatori compresenti sul mercato e dei *newcomers*, entra nel mirino del diritto *antitrust*, ponendo peraltro notevoli difficoltà interpretative.

1.3. Il problema dell'oligopolio nel diritto antitrust

Che l'oligopolio sia un Capitolo estremamente critico della disciplina della concorrenza è fatto quanto mai noto. E, del resto, come si è cercato di mettere in rilievo nei paragrafi che precedono, la teoria economica fornisce una spiegazione razionale a comportamenti che spesso possono apparire l'esito di condotte definite da un cartello esplicito o comunque tali da far ritenere a parte della dottrina che dall'oligopolio conseguono guasti che si avvicinano, e non di poco, a quelli che si è soliti

rimproverare al monopolio.⁷²

Se, da un lato, tuttavia, le pratiche collusive sono espressamente vietate in seno ai moderni sistemi di diritto *antitrust*, dall'altro, proprio a causa della struttura fisiologica del mercato oligopolistico, esistono serie difficoltà in merito all'applicazione di detta normativa agli atti derivanti dal parallelismo consapevole o intelligente.⁷³

In effetti, considerato che il comando che emana dal diritto della concorrenza è quello di attuare comunque un comportamento concorrenziale rispetto a quello più acquiescente ai desideri dei concorrenti, si può sostenere che le imprese siano tenute in ogni caso a farsi concorrenza.

Sulla scorta di tale affermazione e della considerazione che il sistema del diritto della concorrenza è ispirato dalla convinzione che la collusione arrechi un detrimento alla società nel suo complesso (e che essa costituisca pertanto un atto socialmente riprovevole), parte della dottrina,⁷⁴

⁷² Si veda, R. PARDOLESI, *Parallelismo e collusione oligopolistica: il lato oscuro dell'antitrust*, in *Foro it.*, 1994, IV, c. 72, secondo il quale: «La sommatoria dei fatti che contrappuntano l'assetto oligopolistico – quelli testè menzionati, insieme alle altre caratteristiche strutturali che inducono gli economisti a ragionare in termini di interdipendenza – consente di affermare che i suoi protagonisti presidiano collettivamente il mercato e sono in grado di portarlo dove vogliono, o quasi. Tengono la situazione in pugno, dunque, esercitando nel loro insieme un potere non troppo diverso da quello che non si esiterebbe a riconoscere al monopolista.»

⁷³ Si veda, F. MARABINI, *L'abuso di posizione dominante nella giurisprudenza comunitaria*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2004, 173

⁷⁴ Così, C. OSTI, (*supra*, nt. 42), 51, il quale avverte che, comunque, «il concetto di ciò che è socialmente utile e lecito è, in una prospettiva storica, piuttosto relativo. Non è infatti un mistero che, prima dell'entrata in vigore delle norme sulla concorrenza, uno stesso accordo di fissazione dei prezzi tra concorrenti era considerato perfettamente lecito e non rappresentava in sé nulla di riprovevole. Ne sono un lampante esempio certe norme del codice civile che in realtà incoraggiavano espressamente la collusione, ovvero l'applicazione delle norme sulla concorrenza sleale nel senso di scoraggiare tentativi di concorrenza troppo

contrappongono all'argomento, strettamente legato al criterio della razionalità (che vuole che il *conscious parallelism* non sia punibile in quanto non colpevole), la considerazione che non si può in realtà dubitare del fatto che lo stesso parallelismo possa essere considerato un comportamento consapevole e pertanto punibile.

Ne consegue che, il comportamento oligopolistico uniforme non necessariamente rimanere immune alla normativa della concorrenza in quanto l'adattamento da parte di un agente economico alla condotta tenuta da un concorrente nel mercato, seppur intelligente e razionale, resta pur sempre finalizzato alla realizzazione di profitti congiunti simili a quelli monopolisti, a scapito della libera concorrenza e dei consumatori.

Da un punto di vista giuridico grava sulle autorità a tutela delle concorrenza dimostrare che un determinato comportamento, sebbene collusivo nelle sue manifestazioni, non sia motivato della specifica struttura del mercato e abbia come unica spiegazione l'esistenza di un coordinamento volontariamente perseguito dalle parti. In altri termini, per considerare un determinato comportamento come fattispecie lesiva della concorrenza, l'autorità competente deve provare che si tratti di una vera collusione esplicita e non la semplice conseguenza della collusione tacita, generata dalla struttura di mercato e dal razionale operare di ogni singolo agente.

Distinguere un comportamento volutamente collusivo da una

intensa: e non difficile vedere che, nell'opinione comune, il rispetto di un concetto di concorrenza "sleale" e "costruttiva" portava in sé un valore sociale e morale assai più elevato di quello inerente a quel tipo di tenesse ed efficienza economica che il diritto della concorrenza si propone di tutelare ed incoraggiare.»

interdipendenza economica giustificata da una particolare contesto in cui si realizza il gioco concorrenziale, è indubbiamente uno degli interventi più difficili e delicati, ma che sempre più frequentemente le Autorità *antitrust* in tutto il mondo sono chiamate a svolgere.

Da sempre, peraltro, dottrina e giurisprudenza, come si avrà ampiamente modo di esporre nei capitoli successivi, manifestano un atteggiamento oscillante tra un orientamento minimalista, che esclude l'applicazione della disciplina *antitrust* al parallelismo oligopolistico, e un orientamento decisamente interventista, che non ammette rese di fronte alle difficoltà concettuali e pratiche dell'oligopolio. Sicuramente, tra le cause di questi ondeggiamenti un ruolo di primo piano deve essere attribuito al pensiero economico che, soprattutto nell'ultimo secolo, ha notevolmente influenzato l'applicazione del diritto *antitrust*. Proprio per tale motivo si è ritenuto necessario far precedere l'analisi della disciplina statunitense ed europea da una sintetica dissertazione in merito alle teorie economiche sull'oligopolio.

Sezione Seconda

L'oligopolio nella teoria economica

1.4 La teoria classica dell'oligopolio: i modelli statici

L'evoluzione della teoria classica dell'oligopolio può essere descritta come una sequenza di modelli statici (Cournot, Bertrand, Edgeworth, von Stackelberg), ognuno dei quali rappresenta un punto di riferimento per l'elaborazione di modelli più sofisticati.

Per quanto riguarda la metodologia applicata, si può affermare che queste teorie adottano due regole di particolare rilevanza: il rigore formale delle argomentazioni e l'attribuzione agli attori economici della capacità di operare scelte razionali, sulla base della teoria della razionalità massimizzante. Entrambi questi assunti hanno ricevuto nel corso del tempo delle critiche. Da un lato, l'importanza accordata al rigore formale va a discapito della corrispondenza tra i modelli e la realtà empiricamente verificabile; dall'altro, gli agenti economici non sempre compiono scelte razionali.

1.4.a. Il modello di Cournot

Il primo tentativo di interpretare il comportamento delle imprese in ambito oligopolistico si deve al matematico francese Antoine-Augustine

Cournot, autore nel 1838 dell'opera "*Recherches sur le principes mathématiques de la théorie des richesses*."⁷⁵

Il modello elaborato da Cournot è caratterizzato dalla presenza di un duopolio in cui le imprese competono utilizzando come variabile strategica le quantità prodotte: ciascuna impresa individua autonomamente il livello produttivo che gli permette di massimizzare i propri profitti, data la quantità prodotta e il prezzo praticato dalla rivale. La scelta del livello di produzione da parte di ogni impresa determina una reazione nell'altra, la quale, considerando ancora una volta come dati prezzo e quantità della rivale, procede a sua volta a un aumento delle quantità offerte, con conseguente diminuzione del prezzo. Si innesca in questo modo un meccanismo di azione e reazione (in cui diminuiscono i prezzi e aumentano le quantità prodotte) che trova la propria conclusione in un punto di equilibrio (l'equilibrio di Cournot).

Il risultato del modello,⁷⁶ assumendo che vi siano beni omogenei e uguali costi marginali per tutte le imprese oligopolistiche, è che, per ogni dato numero di imprese, esiste un equilibrio di prezzo e quantità. tale per cui, tanto più alto è il numero delle imprese presenti nel mercato, quanto più il risultato si avvicina alla concorrenza perfetta.

Tale teoria presenta tuttavia svariate incongruenze, dovute in particolare all'inverosimiglianza dei presupposti sui quali essa si fonda. In primo luogo, di rado le decisioni delle imprese concernono primariamente

⁷⁵ In italiano, *Ricerche intorno ai principi matematici della teoria delle ricchezze*, in A.A. COURNOT, *Opere*, Torino, Utet, 1981

⁷⁶ Si confrontino, H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust policy – the law of competition and its practice*, Third Edition, Thomson west, 2005, 159 ss; G. NIELS, (*supra*, nt. 52), 169.

le quantità da immettere nel mercato, posto che, infatti, le imprese si fanno concorrenza soprattutto sul prezzo, specie in situazioni di oligopolio. In secondo luogo, non viene chiarito in che modo, le imprese, nell'assumere le proprie decisioni, siano venute a conoscenza delle scelte adottate dagli altri operatori. Infine, ciò che è ancora meno realistico è il ritenere che ogni impresa, considerando prezzi e quantità offerti dai propri concorrenti come un elemento dato, si lasci trascinare in un gioco di azione e reazione che inevitabilmente faccia precipitare il prezzo verso il basso, e non riconosca invece che l'interesse collettivo alla massimizzazione dei profitti suggerisce una qualche forma di cooperazione tra imprese, realizzando così un oligopolio collusivo.⁷⁷

I.4.b. La critica di Bertrand

Alle inadeguatezze della teoria di Cournot tentò di sopperire il modello elaborato da Joseph Bertrand.⁷⁸ Secondo questo autore, infatti, anche in un duopolio, la concorrenza viene fondata, non sulla quantità, ma sui prezzi.⁷⁹ Ogni impresa sceglie il proprio prezzo di vendita, producendo

⁷⁷ Per una completa analisi dell'opera e del pensiero di Cournot si veda A.F. DAUGHETY (edited by), *Cournot oligopoly. Characterization and application*, New York, Cambridge University Press, 1988, *passim*. Si veda altresì, M. GRILLO, F. SILVA, (*supra*, nt. 51), 169.

⁷⁸ J.L.F. BERTRAND, *Recherches sur les principes mathématiques de la Théorie des richesses par Augustine Cournot*, in *Journal des Savants*, Paris, 1883, 499 ss.

⁷⁹ *Ibidem*, 503 «La condamnation est sévère. Les calculs dont nous avons cité un passage ne sont pas clairs cependant pour tout le monde; les résultats semblent de petite importance; quelquefois même, je dois l'avouer, ils paraissent inacceptables.

e vendendo una quantità di beni pari alla quantità che le viene richiesta in funzione della domanda di mercato.

Il modello di Bertrand ammette un unico equilibrio in corrispondenza del quale, indipendentemente dal numero di imprese operanti in un determinato mercato, ogni impresa pratica un prezzo uguale al costo marginale (analogo, dunque, a quello del modello di concorrenza perfetta),⁸⁰ ottiene profitti nulli e vende una quantità del bene superiore alla quantità di equilibrio venduta nel modello di Cournot (cosiddetto *paradosso di Bertrand*).⁸¹ Se ogni impresa ritiene che il comportamento della rivale

Telle est l'étude [...] de la lutte entre deux propriétaires qui, sans avoir à craindre aucune concurrence, exploitent deux sources de qualité identique. Leur intérêt serait de s'associer ou tout au moins de fixer le prix commun, de manière à prélever sur l'ensemble des acheteurs la plus grande recette possible; mais cette solution est écartée. Cournot suppose que l'un des concurrents baissera ses prix pour attirer à lui les acheteurs, et que l'autre, pour les ramener, les baissant à son tour davantage, ils ne s'arrêteront dans cette voie que lorsque chacun d'eux, lors même que son concurrent renoncerait à la lutte, ne gagnerait plus rien à abaisser ses prix. Une objection péremptoire se présente; dans cette hypothèse aucune solution n'est possible, la baisse n'aurait pas de limite; quel que soit en effet le prix commun adopté, si l'un des concurrents abaisse seul le sien, il attire à lui, en négligeant des exceptions sans importance, la totalité de la vente, et il doublera sa recette si son concurrent le laisse faire. Si les formules de Cournot masquent ce résultat évident, c'est que, par une singulière inadvertance, il y introduit, sous le nom de D et D', les quantités vendues par les deux concurrents, et que, les traitant comme des variables indépendantes, il suppose que, l'une venant à changer par la volonté de l'un des propriétaires, l'autre pourra rester constante. Le contraire est de toute évidence».

⁸⁰ Si soffermano su tale punto M. GRILLO, F. SILVA, (*supra*, nt. 51), 176, i quali ricordano che «Questa tesi è stata per lungo tempo tramandata dalla cosiddetta tradizione orale di Chicago, secondo la quale “due è un numero sufficientemente grande per la concorrenza”». Nel prosieguo ci si soffermerà sui principi enunciati da questa scuola di pensiero in quanto fondamentale per il tema trattato.

⁸¹ Questa è almeno l'interpretazione prevalente del lavoro originario di Bertrand, oggetto di molteplici interpretazioni dovute, probabilmente, al fatto che tale lavoro, differentemente da quello di Cournot, risulta privo di qualsiasi formalizzazione matematica. Da un punto di vista storico, l'elaborazione del modello di Bertrand, infatti, oltre a fornire un metodo alternativo per analizzare la concorrenza tra le imprese (concorrenza sui prezzi), si inserisce in una critica più generalizzata riguardo alla necessità o meno dell'applicazione della

non verrà influenzato dalla propria politica di prezzo, data l'omogeneità del prodotto, ciascuna potrebbe guadagnare facilmente l'intero mercato praticando un prezzo anche impercettibilmente inferiore. Da tale assunto discendono alcune importanti considerazioni: la prima consiste nell'osservare che il livello dei prezzi in un mercato oligopolistico non può essere la mera conseguenza della concentrazione del mercato, in quanto esso sarà più verosimilmente determinato dal livello di imperfezione delle informazioni o dalla ripetizione delle condotte delle imprese nel tempo. La seconda si risolve nella constatazione che l'equilibrio di Bertrand non è attuabile sia in quei settori industriali in cui esistono costi fissi, poiché, in tale caso, l'agente, praticando un prezzo pari al costo marginale, potrebbe essere soggetto a ingenti perdite; sia in una situazione di rendimenti decrescenti ovvero in una situazione in cui la capacità produttiva sia limitata, ove si creerebbe una situazione di instabilità senza soluzione di equilibrio.

Nel modello di duopolio di Bertrand si assume, infatti, che entrambe le imprese abbiano una capacità produttiva tale da poter soddisfare singolarmente l'intero mercato. Se si suppone, al contrario, che, in corrispondenza del costo marginale, una delle due imprese non sia in grado di soddisfare singolarmente l'intera domanda del mercato, all'altra impresa converrà adottare un prezzo di vendita superiore al prezzo di equilibrio. Ciò in quanto la prima non riuscirà a soddisfare le richieste del mercato, lasciando, di conseguenza, una quota di domanda insoddisfatta, che verrà invece servita dall'impresa che pratica il prezzo più elevato.

matematica all'economia politica.

Anche nei confronti dell'analisi di Bertrand è possibile muovere la stessa critica di discrepanza dalla realtà osservabile avanzata a Cournot.

Ed invero, è difficile credere che in oligopolio il prezzo praticato sia prossimo a quello concorrenziale che massimizza il benessere dei consumatori, ma minimizza i profitti delle imprese; mentre è più verosimile pensare che le due imprese preferiscano ottenere profitti più vantaggiosi per entrambe, attraverso la stipula di accordi collusivi sul prezzo.

Proprio sulla base di tali considerazioni alcuni studiosi⁸² hanno affermato che il modello di Bertrand, pur fondandosi su premesse in apparenza più convincenti di quelle di Cournot non giunge, tuttavia, a soluzioni più prossime alla realtà.

I.4.c Il modello di Edgeworth

In un lavoro pubblicato nel 1897, Francis Ysidro Edgeworth⁸³, partendo dall'assunto fondamentale di Bertrand secondo cui le imprese competono sui prezzi, ha elaborato un modello di duopolio, in cui – a differenza di quello di Bertrand – le imprese sono vincolate da una determinata capacità produttiva che non permette loro di soddisfare l'intera domanda di mercato per determinati livelli di prezzo.

Con l'intento esplicito di trovare una giustificazione all'idea che l'equilibrio nei mercati oligopolistici fosse indeterminato, Edgeworth ha

⁸² C. OSTI, (*surpa*, nt. 42), 120

⁸³ F.Y. EDGEWORTH, *La teoria pura del monopolio*, in *Giornale degli economisti*, XV, 1897, 13 ss

dimostrato che un equilibrio coincidente con l'equilibrio di concorrenza perfetta è possibile solo se non esistono limiti alla capacità produttiva delle imprese; in quanto, in caso contrario, «*il modello di Bertrand non ammette equilibrio.*»⁸⁴ In quest'ultima ipotesi, infatti, i prezzi fissati dalle due imprese saranno caratterizzati da un movimento oscillatorio all'interno di un intervallo in cui il prezzo massimo è il prezzo di monopolio e il prezzo minimo è superiore al costo marginale ed è quel prezzo in corrispondenza del quale ciascuna impresa riesce a soddisfare, con la propria capacità produttiva, solo metà della domanda totale del mercato.

La logica sottostante a tale modello è molto semplice. Poiché le imprese incontrano necessariamente dei vincoli di produzione, in caso di aumento del prezzo da parte di un agente tutti i consumatori tenderanno ad acquistare i beni dall'impresa rivale, che, però, non sarà in grado di soddisfare l'intera domanda. In ragione di ciò, ci saranno clienti insoddisfatti, che pur di acquistare il ben saranno disposti a pagare il prezzo superiore, lasciando conseguire comunque un profitto all'impresa che ha deciso di aumentare il prezzo.

1.4.d L'interdipendenza competitiva nel modello di von Stackelberg

Nel 1934, l'economista tedesco Heinrich von Stackelberg,⁸⁵

⁸⁴ M. GRILLO, F. SILVA, (*supra*, nt. 51), 177

⁸⁵ H. VON STACKELBERG, *Marktform und Gleichgewicht*, Vienna, Julius Springer, 1934. Questa opera è stata pubblicata in inglese con il titolo *The Theory of the Market Economy*, tradotta da A.T. Peacock, New York, Oxford University Press, 1952.

analizzando l'organizzazione dei mercati, ha proposto un'importante estensione del modello di Cournot.

Nel modello di von Stackelberg le due imprese competono in condizione di asimmetria non solo temporale (in relazione al momento in cui le imprese adottano le proprie decisioni), ma anche informativa (in considerazione delle informazioni che ciascuna impresa detiene al momento della scelta).

Più precisamente, in tale modello si suppone che la competizione si svolga tra un'impresa *leader* (l'impresa che agisce per prima) e un'impresa *follower* (che sceglierà la quantità da produrre solo dopo che l'impresa *leader* ha scelto il proprio livello di output e in risposta ottima alla decisione adottata dalla *leader*). Stackelberg ipotizza che l'impresa *follower* si comporti in base a congetture alla Cournot, mentre presuppone che l'impresa *leader* sappia in anticipo come si comporterà il *follower* e si serva di questa conoscenza per scegliere razionalmente di produrre un livello di *output* in corrispondenza del quale essa consegue i profitti più elevati.

Rispetto all'equilibrio di Cournot, l'equilibrio di von Stackelberg è caratterizzato dal fatto che l'impresa *leader* consegue una quota di mercato e un livello di profitti maggiori dell'impresa *follower*. Ciò è una conseguenza diretta delle asimmetrie informative tra le due imprese, vale a dire del fatto che il *leader*, anticipando la risposta del rivale, è in grado di fissare la quantità prodotta prima del *follower*, mentre a quest'ultimo non rimane che adattarsi alla scelta operata dalla *leader*.

1.5. La scuola ordoliberalale di Friburgo

A partire dagli anni Venti del Secolo scorso nella città universitaria di Friburgo in Germania si è iniziata a sviluppare una scuola di pensiero formata da un gruppo di giuristi ed economisti,⁸⁶ gli ordoliberali, che rifiutavano la tradizione filomonopolistica tedesca ed europea del tempo e consideravano, invece, necessario per la realizzazione di una società libera, equa e prospera, un sistema economico liberale.⁸⁷

Questi studiosi, muovendo, infatti, dalla tradizione liberale, ricercavano un nuovo modo di pensare la società che potesse essere una risposta ai fallimenti economici e politici del tempo. In particolare, essi erano convinti che la società si sarebbe potuta sviluppare solo nel caso in cui il mercato fosse stato compreso in un contesto costituzionale.⁸⁸

Secondo questa linea di pensiero i mercati non sono in grado di autoregolarsi, ma portano inevitabilmente alla formazione di potere di mercato in capo ad alcuni soggetti a discapito della libertà altrui. Da ciò discende l'assoluta necessità, al fine di garantire la concorrenza e proteggere i più deboli, che lo Stato assicuri un ordine giuridico attraverso la predisposizione di regole certe, neutrali e oggettive e di una solida

⁸⁶ I tre studiosi che, con i loro incontri, diedero avvio a questa scuola erano un economista, Walter Euchen, e due giuristi, Franz Böhm e Hans Grossmann-Doerth. Per una puntuale descrizione del pensiero di questi Autori, si veda, D.J. GERBER, (*supra*, nt. 44), 232 ss, dalla cui opera sono attinte molte informazioni richiamate in questo paragrafo.

⁸⁷ Il pensiero della scuola di Friburgo ha avuto un'importanza cruciale nel secondo dopoguerra nella costituzione del diritto europeo della concorrenza. È, infatti, sui principi elaborati dagli ordoliberali che si sono formate le regole fondamentali del diritto *antitrust* europeo.

⁸⁸ Si veda, D. HILDEBRAND, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules. The European School*, The Hague, Kluwer Law International, 2nd ed., 2002, 158

cornice istituzionale in grado di fare rispettare tali regole.⁸⁹

In estrema sintesi, dunque, l'idea ordoliberalale è che il mercato non sia uno stato naturale deputato allo svolgimento dell'attività economica di scambio, ma un ordine giuridico artificiale, dotato di regole imposte dall'esterno, ovvero un ordine costituito.⁹⁰

Gli ordoliberali erano, tuttavia, consapevoli dei danni che potevano essere arrecati da un eccesso di potere pubblico o dalla connivenza tra potere privato e potere pubblico e, proprio per tale motivo, ritenevano che lo Stato non dovesse intervenire direttamente (e con discrezionalità) in economia, ma semplicemente stabilire i principi o le condizioni strutturali all'interno delle quali il processo economico potesse operare effettivamente (cosiddetto principio della regolazione indiretta).

La chiave di volta del programma ordoliberalale era il diritto della concorrenza, che aveva il compito di creare e proteggere le condizioni di concorrenza del mercato. Chiaramente, il principale divieto del diritto della concorrenza era diretto a contrastare il potere monopolistico, soprattutto se derivante da cartelli o da altri accordi tra concorrenti. E infatti, secondo gli ordoliberali lo Stato doveva intervenire nei confronti delle imprese che detenevano, individualmente o collettivamente, tale potere di mercato, costringendole a comportarsi *come se* agissero in concorrenza perfetta (*Als-ob-Theorie*).

⁸⁹ Si vedano, M. LIBERTINI, *Concorrenza*, (supra, nt. 22) 214 ss; ID. *Principi e concetti fondamentali del diritto antitrust*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, III, Milano, Giuffrè, 2007, 161 ss; G. AMATO, (supra, nt. 41), 44.

⁹⁰ La tesi del mercato come ordine giuridico artificiale è stata sostenuta nella dottrina italiana da N. IRTI, (supra, nt. 46).

Per quanto riguarda, specificamente, le situazioni oligopolistiche, gli studiosi della scuola di Friburgo erano divisi tra coloro⁹¹ che ritenevano che l'unico strumento fosse la regolazione del mercato attraverso il controllo sui prezzi e coloro⁹² che consideravano tale soluzione impraticabile.

Da una parte, infatti, si riteneva che attraverso la regolazione del mercato l'azione governativa potesse prevenire lo sfruttamento del potere di mercato detenuto dagli oligopolisti. Dall'altra, tale approccio veniva considerato come non necessario, dato che i controlli sui monopoli erano sufficientemente stringenti. Secondo quest'ultimo orientamento verosimilmente le imprese non avrebbero cercato di ottenere tale potere congiunto, poiché questo li avrebbe esposti allo *standard* molto restrittivo "als ob."

1.6. La concorrenza monopolistica e la concorrenza imperfetta

Nella storia delle idee economiche, un cambiamento epocale è stato determinato dalle ricerche portate avanti dagli economisti inglesi Edward H. Chamberlin⁹³ e Joan Robinson,⁹⁴ che hanno elaborato i modelli della concorrenza monopolistica e della concorrenza imperfetta.

⁹¹ L. MIKSCH, *Wettbewerb als Aufgabe: Grundsätze einer Wettbewerbsordnung*, Godesberg, 2nd ed., 1947, 91, citato da D.J. GERBER, (*supra*, nt. 44), 253

⁹² W. EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Tübingen, 6th ed, 1990, 298-99, citato da D.J. GERBER, (*supra*, nt. 44), 253

⁹³ E.H. CHAMBERLIN, *The theory of monopolistic competition*, Cambridge, Cambridge University Press, 1933, tradotto in italiano con il titolo *La teoria della concorrenza monopolistica*, Firenze, La Nuova Italia, 1961

⁹⁴ J. ROBINSON, *The Economics of Imperfect Competition*, London, Macmillan, 1934

Tali modelli, illustrando le diverse situazioni di mercato intermedie tra la concorrenza perfetta e il monopolio, rappresentano in modo più accurato come i mercati effettivamente funzionano.

Secondo il pensiero degli Autori menzionati, nella descrizione di un modello più aderente alla realtà osservabile, un ruolo di primo piano deve essere riconosciuto alla differenziazione dei prodotti, che permette la formazione all'interno di mercati concorrenziali di sacche di monopolio in relazione a determinati ambiti merceologici. Nei mercati con prodotti disomogenei, pertanto, la concorrenza si mescola alle caratteristiche proprie del monopolio e le imprese interagiscono tra loro in concorrenza monopolistica.

Queste due teorie ebbero un forte impatto nell'elaborazione della teoria economica, in quanto fornirono importanti chiavi di lettura per comprendere la dicotomia tra la realtà economica e i modelli ideali di concorrenza perfetta e monopolio, sebbene nessuna delle due ha influito in maniera significativa sulla definizione delle politiche *antitrust*.⁹⁵

Per quanto riguarda specificamente l'analisi dei mercati oligopolistici, in un celebre passo della sua opera, Chamberlin scriveva che *«un'impresa che ricerchi razionalmente ed in maniera intelligente la massimizzazione del profitto, si renderà conto del fatto che quando vi siano solo due o pochi operatori, ogni sua mossa ha un effetto rilevante sui suoi concorrenti: ciò rende poco realistico immaginare che una qualsiasi perdita che l'impresa cerchi di causare loro possa essere accettata dalle altre imprese senza una rappresaglia. Poiché il risultato di una*

⁹⁵ R. VAN DEN BERGH, *Introduzione*, (*supra*, nt. 47), 13

diminuzione del prezzo da parte di qualsiasi impresa è quindi inevitabilmente quello di diminuire i suoi profitti, nessuno lo farà, e per quanto gli operatori siano del tutto indipendenti, il risultato di equilibrio è identico a quello che si crea laddove tra gli operatori sia stato concluso un accordo per la monopolizzazione.»⁹⁶

Secondo l'Autore, di conseguenza, *«richiedere alle imprese di essere tra loro indipendenti non vuol dire che le si debba obbligare a competere come se il loro destino fosse indipendente, poiché questo significherebbe ignorare il problema fondamentale posto dall'oligopolio. Tale indipendenza può solo essere interpretata nel senso di indipendenza di comportamento, ovvero l'assenza di un accordo o di un accordo tacito.»⁹⁷*

Siffatta visione era stata – invero - anticipata nel 1926 da Piero Sraffa,⁹⁸ il quale aveva altresì messo in luce l'elemento della durevolezza, o stabilità, dell'equilibrio oligopolistico.

Secondo questo Autore, infatti, *«le forze che portano i produttori ad aumentare i prezzi sono molto più efficaci di quelle che li portano a ridurli; e ciò non solo in quanto ogni impresa teme di rovinare il proprio mercato, ma principalmente perché un aumento dei profitti attraverso una diminuzione del prezzo è raggiunto a spese dei concorrenti, e porta di conseguenza questi a intraprendere quelle misure di difesa atte a vanificare i maggiori profitti ottenuti; al contrario un aumento dei profitti attraverso*

⁹⁶ E. H. CHAMBERLIN, (*supra*, nt. 93), 48

⁹⁷ *Ibidem*, 50

⁹⁸ P. SRAFFA, *The Laws of Returns under Competitive Conditions*, in *The Economic Journal*, 36, 1926, 535 ss, tradotto in italiano con il titolo *Le leggi della produttività in regime di concorrenza*, in (a cura di) G. DEL VECCHIO, *Economia pura*, Torino, Utet, 1937

un aumento dei prezzi non solo non lede i concorrenti ma arreca loro un guadagno, e pertanto si può considerare acquisito in modo più durevole.»⁹⁹

1.7. La Workable competition

Intorno agli anni Trenta e Quaranta, quando era già maturata la critica nei confronti della teoria neoclassica, un gruppo di economisti iniziò a cercare una spiegazione dei fenomeni di mercato che fosse empiricamente supportata: piuttosto che deduzioni basate su assunzioni, essi volevano rendere conto della ricchezza del mondo reale.¹⁰⁰

Ispirati dalle nuove teorie sulla concorrenza imperfetta e usando il metodo induttivo, tali studiosi cercarono di sviluppare alcune idee generali riguardanti il comportamento delle imprese, gli effetti di tali comportamenti sul mercato e le possibilità per un eventuale intervento governativo per correggere le distorsioni del mercato.

In particolare, nel 1940, Clark¹⁰¹ elaborò il modello della *workable*

⁹⁹ Si veda, P. SRAFFA, (*supra*, nt. 98), 540

¹⁰⁰ P. SYLOS LABINI, (*supra*, nt. 58), 16, scriveva: «[a]vendo riconosciuto che l'ipotesi della concorrenza perfetta ha oggi un grado di realismo molto limitato o addirittura trascurabile; avendo inoltre riconosciuto che le formulazioni dell'analisi marginale di tipo tradizionale hanno uno scarso valore interpretativo, anche quando – come a suo tempo fecero la signora Robinson e Chamberlin – si adotta l'ipotesi della concorrenza imperfetta o monopolistica, sia a causa della loro semplicità estrema sia, ed anche di più, a causa del loro carattere statico; gli economisti contemporanei hanno cominciato a sottoporre ad una revisione radicale la tradizionale teoria dell'impresa, abbandonando l'ipotesi della libera concorrenza per rivolgersi verso l'ipotesi dell'oligopolio e sostituendo l'ipotesi dinamica a quella statica»

¹⁰¹ Si veda, J. M. CLARK, *Thoward a Concept of Workable Competition*, 30 Am. Econ. Rev, 241-256, (1940)

competition sulla base della constatazione secondo la quale, sebbene la concorrenza perfetta rappresenti la forma di mercato ideale, al di fuori dall'elaborazione teorica, essa non esiste e non può esistere, ed è per questo che si ritiene preferibile cercare di raggiungere un grado di concorrenza "effettiva." La *workable competition* non propone, dunque, un modello ideale, ma un modello *possibile* e, proprio per questo motivo, un modello analiticamente debole.¹⁰²

1.8. Lo strutturalismo della scuola di Harvard

Il modello della *workable competition* assumerà carattere scientifico solo grazie all'analisi della Scuola di Harvard, che ha dominato la scena dell'economia industriale fino agli anni Settanta.¹⁰³

Uno dei fondamentali contributi cui sono pervenuti questi *scholars* è il paradigma *Structure – Conduct – Performance* (definito con l'acronimo S-C-P).¹⁰⁴ Secondo la versione più semplice di questo modello, in presenza di determinate condizioni, è la struttura di mercato a determinare la condotta delle imprese al suo interno; condotta che, a sua volta può che portare a un determinato risultato economico di mercato.

¹⁰² Si veda, in merito, M. LIBERTINI, *Concorrenza*, (*supra*, nt. 22), 224. Si veda, altresì, G.W. STOCKING, *Workable Competition and Antitrust Policy*, Nashville, Vanderbilt University Press, 1961.

¹⁰³ In particolare si ricordano le opere di E. MASON *Price and Production Policies of Large-Scale Enterprises*, 29 Am. Econ. Rev. 61 (1939); C. KAYSEN, D.F. TURNER, (*supra*, nt. 16); J.G. BAIN, *Industrial Organization*, New York, Wiley, 1968; F. M. SCHERER, D. ROSS, (*supra*, nt. 57).

¹⁰⁴ L'elaborazione di tale paradigma si deve a E. MASON, (*supra*, nt. 103), 61-74

Le caratteristiche di tale paradigma, dunque, sono tali che i momenti successivi non possono che essere condizionati, positivamente o negativamente, da una modifica in ciascuno dei momenti precedenti.

Di conseguenza, qualora all'interno di un dato mercato operino tanti imprenditori di dimensioni e strutture di costi omogenee, in assenza di barriere all'ingresso, le imprese saranno indotte a tenere una condotta concorrenziale e, dunque, si avrà efficienza allocativa e un'equa distribuzione del reddito, in quanto il prezzo sarà uguale al costo marginale.

Diversamente accade nel caso in cui la struttura di mercato sia concentrata. In questo caso, infatti, gli oligopolisti si comporteranno in maniera interdipendente e tale interdipendenza porterà inevitabilmente ad una riduzione della produzione e a un aumento dei prezzi a un livello sovracompetitivo, a causa dell'adattamento delle imprese ai comportamenti reciproci.¹⁰⁵

Nella sua forma più meccanicistica, dunque, lo studio del comportamento diventa in parte irrilevante, poiché massima importanza viene riconosciuta alla struttura di mercato, in quanto responsabile del risultato finale¹⁰⁶.

Ergo, la principale conclusione cui sono giunti gli economisti di Harvard è che il diritto della concorrenza deve tutelare *in primis* la struttura di mercato, perché soltanto in questo modo si potranno correggere le

¹⁰⁵ Per una più approfondita analisi di tale pensiero si rinvia al paragrafo II.4.a del presente lavoro.

¹⁰⁶ Secondo M. LIBERTINI, *Concorrenza*, (*supra*, nt. 22), 226 questo schema di ragionamento può essere considerato come lo schema prevalente seguito nell'applicazione delle norme *antitrust* europee e italiane.

distorsioni. Bisogna, infatti, approntare rimedi strutturali, per evitare che i mercati diventino eccessivamente concentrati o vengano erette barriere all'entrata.¹⁰⁷ Il più grave ostacolo a un valido funzionamento dei mercati è il comportamento strategico di alcune imprese affermate in un mercato con concorrenza imperfetta, che impedisce ad altre imprese di essere competitive sulla base del merito, attraverso l'attuazione politiche dirette ad acquisire e mantenere il potere di controllare i prezzi. Per evitare ciò, lo Stato dovrebbe condurre una politica *antitrust* aggressiva intesa a limitare il comportamento strategico delle imprese.

1.9. La scuola di Chicago

La scuola di Chicago¹⁰⁸ ha fortemente criticato il pensiero della scuola strutturalista e la conclusione per cui la concentrazione di mercato in genere porta a profitti monopolistici, realizzando così quello che in dottrina¹⁰⁹ è stato definito come «*il ritorno aggiornato, riveduto e depurato dalle intrusioni harvardiane di economia industriale, ai principi dell'economia*

¹⁰⁷ Per una più dettagliata descrizione del modello si veda, A. DEL MONTE, *Manuale di organizzazione e politica industriale*, Torino, UTET Libreria, 1994, 1-28.

¹⁰⁸ Tra gli esponenti di questa scuola possono essere annoverati Aaron DIRECTOR, che ne ha delineato i caratteri essenziali, ancorché – come ricordato da Posner (R.A. POSNER, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, 127 U. Pa. L. Rev. 925 (1979)) - il suo pensiero sia stato tramandato prevalentemente in forma orale; R.A. POSNER, *Antitrust Law*, Chicago, University Chicago Press, 1976 (2nd ed., 2001). Sul pensiero di questo autore – in merito all'oligopolio - si tornerà più avanti al paragrafo II.3.b del presente lavoro; G.J. STIGLER (*supra*, nt. 8); R. BORK, *The Antitrust Paradox*, New York, Basic Books, 1978; J.S. MCGEE, *In Defense of Industrial Concentration*, New York, Praeger Publisher, 1971

¹⁰⁹ G. AMATO, (*supra*, nt. 41), 25. Nella dottrina italiana, tra gli autori che hanno scritto sulla scuola di Chicago, si veda R. VAN DEN BERGH, *Introduzione* (*supra*, nt. 47) 24.

classica».

Secondo i *chicagoans*, innanzitutto, la lente attraverso cui osservare il comportamento delle imprese nei mercati non è più la concorrenza monopolistica o imperfetta, bensì modello di concorrenza perfetta. In secondo luogo, il diritto *antitrust*, nel valutare la condotta delle imprese o la concentrazione di un mercato, dovrebbe dedicare meno attenzione sulla struttura di mercato e focalizzarsi sul concetto di efficienza allocativa, che coincide con il benessere collettivo. In terzo luogo, lo Stato, al fine di incoraggiare una buona *performance* di mercato non può che mettersi da parte e lasciare che le forze di mercato lavorino autonomamente. Ciò in quanto, per questo gruppo di *scholars* – definiti, per l'appunto, neoliberalisti – la fonte principale delle manifestazioni del potere di mercato è dovuta all'interferenza dello Stato in materia economica.

La scuola di Chicago ha sottolineato come non esista un nesso causale tra l'elevato grado di concentrazione di mercato e la realizzazione di extraprofitti, piuttosto l'incremento della misura delle imprese porta ad un incremento dell'efficienza.¹¹⁰ Centrale in questo ragionamento è il ruolo delle economie di scala e la convinzione che la competizione porti le imprese a diventare sempre più efficienti. Dovendosi intendere come efficiente, e quindi coerente con il benessere collettivo, qualunque condotta

¹¹⁰ Secondo l'approccio minimalista di alcuni esponenti della scuola di Chicago, un mercato oligopolistico non può portare a prezzi troppo elevati, poiché tale circostanza determinerebbe l'ingresso di nuovi operatori nel mercato e, dunque, l'abbassamento del prezzo. La validità di tale tesi, naturalmente, presuppone che non vi siano barriere all'ingresso. E in effetti, pare opportuno ricordare che secondo gli studiosi di Chicago le uniche barriere esistenti sono quelle legali. Si veda, in tal senso, R. **BORK**, (*supra*, nt. 108), 174 ss

o situazione che trasferisca a beneficio del consumatore miglioramenti qualitativi alla produzione o riduzione dei costi, senza fornire a nessuno lo spazio per “restringere” il mercato. Se la concentrazione dell’industria è il risultato di un processo di mercato che ricerca e ottiene efficienza, allora è anche consentita da un punto di vista del diritto *antitrust*.

Siffatta analisi è costruita sul saggio estremamente importante del premio nobel per l'economia George Stigler “*Theory of Oligopoly*” del 1964,¹¹¹ che ha profondamente cambiato il modo in cui gli economisti studiano il coordinamento tra oligopolisti e ha, altresì, notevolmente influenzato il diritto *antitrust*.¹¹²

Il principale contributo di Stigler è stato quello di sottolineare che i cartelli sono strutture instabili, per cui, sia in un mercato concentrato che in un mercato non concentrato, le imprese che decidono di cooperare non possono semplicemente identificare i termini della loro collaborazione, ma devono adoperarsi per evitare «*secret price cutting*,»¹¹³ ovvero defezioni profittevoli nel breve periodo.

Stigler, tuttavia, osserva come tutte le soluzioni atte a stabilizzare i cartelli, in realtà, non sono del tutto convincenti. In particolare, attraverso la fissazione di quote di mercato gli oligopolisti creano un meccanismo che le autorità *antitrust* possono facilmente individuare. Diversamente, la divisione del mercato in aree geografiche o la compartimentazione della clientela è un meccanismo che, anche se tenuto segreto, può essere

¹¹¹ G.J. STIGLER, (*supra*, nt. 8)

¹¹² In particolare il pensiero di Stigler è veicolato nel diritto antitrust grazie all'opera di R. Posner, sulla quale ci si soffermerà nel paragrafo II.4.b del presente lavoro

¹¹³ G.J. STIGLER, (*supra*, nt. 8), 46

destabilizzato da fattori esterni, come le fluttuazioni di domanda.¹¹⁴

Di conseguenza, sebbene la concentrazione del mercato sia una condizione importante, se non addirittura necessaria, affinché gli oligopolisti possano colludere, è necessario che siano presenti anche altri fattori, come l'inesistenza di un potere di mercato dal lato della domanda.¹¹⁵

1.10. Post Chicago e la “nuova” economia industriale

La scuola di economia industriale di Chicago ha attuato una sorta di rivoluzione copernicana, ove il dato della struttura di mercato perde la sua posizione centrale e risolutiva per trasformarsi in uno dei vari elementi che compongono il sistema dell'analisi della coordinazione oligopolistica.

Successivamente,¹¹⁶ è stato riconosciuto che un vasto gruppo di altre condizioni di base, come le preferenze dei consumatori, gli sviluppi tecnologici e la crescita economica, influenzano la struttura di mercato e che queste condizioni di base potrebbero cambiare nel corso del tempo. Certamente, i comportamenti strategici adottati dalle imprese¹¹⁷ non rappresentano un fattore trascurabile in quanto possano portare a un

¹¹⁴ *Ibidem*, 46-48

¹¹⁵ *Ibidem*, 49

¹¹⁶ Il termine “Post-Chicago” è stato per la prima volta utilizzato da H. HOVENKAMP, *An Antitrust policy After Chicago*, 84 Mich. L. Rev. 213 (1985). Si vedano, altresì, **ID.**, *Post-Chicago Antitrust: A review and critique*, 2001 Colum. Bus. L. Rev. 257 2001; M.S. JACOBS, *An Essay on the Normative Foundation of Antitrust Economics*, 74 N. C. L. Rev. 219 (1996); A. CUCINOTTA, R. PARDOLESI, R. VAN DEN BERGH (edited by), *Post Chicago Developments in Antitrust Law*, Chaltenham, Edward Elgar, 2002.

¹¹⁷ Ad esempio, le scelte in tema di prezzi, le scelte di marketing, gli investimenti programmati e la partecipazione ad accordi di ricerca e sviluppo.

determinato risultato economico,¹¹⁸ tuttavia, è stato altresì riconosciuto che una determinata condotta, ma anche i risultati economici, potrebbero a loro volta modificare la struttura di mercato. In altre parole, sebbene il principale nesso causale potrebbe ancora passare dalla struttura di mercato alla condotta e da questo ad un risultato, meccanismi di *feedback* (controreazione) complicano il paradigma S-C-P.

Il punto di partenza per gli argomenti di politica della concorrenza è tuttora l'analisi della struttura di mercato ed è pacificamente accolto che certe condizioni di struttura di mercato costituiscono un prerequisito per condotte e risultati anticompetitivi. Allo stesso modo è opinione comune che tali condizioni non siano sufficienti: condotte come il *limit pricing* o la creazione di eccesso di potere possono, infatti, giocare il loro ruolo. Pertanto per individuare situazioni anticompetitive, devono essere presi in considerazione tanto gli aspetti strutturali quanto quelli comportamentali, nonché i risultati. Per applicare il diritto *antitrust*, ad esempio, non solo deve essere dimostrato che la struttura di mercato consente comportamenti anticompetitivi, ma devono essere provati anche la condotta delle imprese coinvolte e/o i probabili effetti negativi che potrebbero scaturire da questa condotta.

In effetti la rinnovata attenzione per i comportamenti delle imprese è evidente negli ultimi sviluppi di economia industriale. In particolare il centro dell'attenzione della "nuova" economia industriale sono i possibili comportamenti strategici delle imprese in situazioni di mercato

¹¹⁸ Come il conseguimento di profitti da parte delle imprese operanti in un dato mercato e l'efficienza (allocativa, tecnica e dinamica)

oligopolistiche.

Dalla metà degli anni settanta fino alla metà degli anni ottanta, l'economia industriale teorica è stata tra le aree di ricerca più vivaci di tutta l'economia: l'approccio caratterizzato dai modelli di teoria dei giochi con concorrenza imperfetta ha spodestato la scuola S-C-P come paradigma dominante dell'economia industriale e ha reso superata la scuola di Chicago, consentendo un rinnovamento della ricerca empirica dell'economia industriale.¹¹⁹

1.11 L'approccio strategico: La Teoria dei giochi

La teoria dei giochi rappresenta la tecnica analitica fondamentale per la nuova organizzazione industriale, che a sua volta costituisce l'apparato teorico oggi utilizzato per indagare le tematiche *antitrust*.¹²⁰

La formalizzazione della teoria dei giochi risale al 1944, anno in cui venne pubblicato il libro "*Theory of Games and Economic Behavior*," nato

¹¹⁹ Si veda, S. MARTIN, *Economia industriale*, il Mulino, Bologna, 1997, 28, secondo il quale «l'economia industriale contemporanea si occupa dell'analisi della struttura del mercato, del comportamento delle imprese e delle performance di mercato nei mercati oligopolistici. Se i temi di ricerca sono fondamentalmente identici a quelli della scuola di Harvard, due elementi segnano una metamorfosi rispetto a tale approccio: l'enfasi sulla natura delle supposizioni in condizioni di informazione imperfetta e il requisito che il comportamento debba presentarsi come un fenomeno di equilibrio prima di essere considerato un oggetto di interesse in termini di politica economica. L'attenzione ai mercati operanti in concorrenza imperfetta segnala un allontanamento dalla scuola di economia industriale di Chicago»

¹²⁰ Così, M. MOTTA, M. POLO, *Antitrust – economia e politica della concorrenza*, il Mulino, Bologna, 2005, 353. Attualmente, la teoria dei giochi è largamente diffusa in ambito economico, in particolare, per la ricognizione delle situazioni di oligopolio, ove in effetti essa riceve alcune delle sue più rilevanti applicazioni.

dal lavoro congiunto di un matematico molto famoso, Jonh Von Neumann, e di un economista, Oscar Morgenstern,¹²¹ ed è stata integrata, all'inizio degli anni cinquanta, dall'opera del matematico John Fobers Nash Jr.,¹²² che ha gettato le basi del campo moderno della Teoria, elaborando il concetto di equilibrio di Nash e sviluppando la teoria dei giochi non cooperativi.¹²³

Specificamente, i tre Autori elaborarono una teoria del comportamento strategico che permette, utilizzando criteri matematici, di descrivere ed analizzare qualunque situazione sociale ed economica come se fosse un *gioco* di strategia¹²⁴ in cui le decisioni individuali sono

¹²¹ J.E. VON NEUMANN, O. MORGENSTERN, *Theory of Games and Economic Behaviour*, Princeton, Princeton University Press, 1944

¹²² J.F. NASH, *Non-cooperative games*, in *Annals of mathematics*, 54, 1951, 286-295. Nash ha vinto il premio Nobel per l'economia nel 1994.

¹²³ La Teoria di Nash portò un radicale cambiamento in campo economico, rivoluzionando l'approccio sino ad allora basato sulle teorie di Adam Smith, secondo il quale un gruppo ottiene il massimo risultato quando ogni componente del gruppo fa ciò che è meglio per sé stesso: "l'ambizione individuale serve al bene comune" e di conseguenza "il risultato migliore si ottiene quando ogni componente del gruppo fa ciò che è meglio per sé" (Teoria della mano invisibile). Nash, infatti, riteneva che tale enunciato fosse incompleto e che dovesse essere completato dicendo che "il risultato migliore si ottiene quando ogni componente del gruppo fa ciò che è meglio per sé e per il gruppo, secondo la teoria delle dinamiche dominanti".

¹²⁴ Un gioco di strategia viene generalmente definito come un insieme di regole che vincolano il comportamento dei giocatori e definiscono i risultati sulla base delle azioni che essi intraprendono. Tali regole devono specificare chi sono i giocatori coinvolti (ad esempio, le imprese in un mercato), l'ordine in cui tali soggetti effettuano le proprie mosse, nonché le scelte o le strategie che essi possono compiere. Inoltre determinano l'informazione a disposizione dei giocatori nel momento in cui muovono. I risultati (*pay-offs*) di ogni giocatore scaturiscono dalle azioni intraprese da tutti i partecipanti al gioco.

I giochi si distinguono in cooperativi e non cooperativi. Nei primi, a differenza che nei secondi, i giocatori possono vincolarsi a seguire un determinato comportamento. La maggior parte degli sviluppi della teoria dei giochi che risalgono agli anni Cinquanta e Sessanta riguarda la cosiddetta teoria dei giochi cooperativi. Diversamente, negli ultimi anni, l'attenzione dei teorici dei giochi si è spostata sempre più verso la teoria dei giochi non cooperativi, ovvero allo studio delle ragioni per cui la cooperazione possa emergere a partire

da comportamenti motivati egoisticamente e definiti all'interno di un contesto di "regole". Peculiarità dell'oligopolio è proprio il fatto che le parti di norma rimangono libere di agire per massimizzare la propria utilità, nel rispetto del divieto di cooperare sancito dal diritto della concorrenza. Altra caratteristica dei giochi in ambito oligopolistico è quella di non essere a "somma zero". I giochi a "somma zero", o a "somma nulla", sono tutti quei giochi in cui al guadagno di un giocatore corrisponde la perdita dell'altro, onde la somma algebrica delle unità è uguale a zero. La fissazione del prezzo tra gli oligopolisti è, infatti, un tipico caso di gioco a "somma non zero": tutti beneficiano del prezzo alto, così come tutti perdono nel caso di un prezzo basso. Chi "bara" tagliando il prezzo quando gli altri lo mantengono più alto, potrà far suo tutto il profitto degli altri.

I giochi si possono svolgere in una situazione in cui tutti i giocatori siano perfettamente informati sulle condizioni del gioco, ovvero non lo siano affatto, ovvero lo siano in modo differenziato. Un gioco è detto a informazione imperfetta quando ogni giocatore effettua la sua mossa sapendo già con certezza quali siano state le scelte fatte in precedenza dagli altri giocatori. In alcuni giochi, tuttavia, può accadere che un giocatore, quando raggiunge il punto di decisione, non sappia quali siano state le scelte compiute dai giocatori che lo hanno preceduto. Tali giochi vengono detti giochi ad informazione imperfetta. Da ciò discende la possibilità di infinite combinazioni. La simulazione di una situazione oligopolistica nella teoria dei giochi è di particolare interesse laddove essa presuppone una certa incompletezza ed asimmetria delle informazioni possedute dai giocatori, poiché il problema dell'oligopolio si fa particolarmente complesso allorché alle imprese non sia possibile o non sia consentito di comunicare in anticipo ovvero esse non possano fare completo affidamento sul contenuto di tali comunicazioni.

I giochi possono, altresì, essere statici, ripetuti e dinamici. Nel primo caso, ogni giocatore muove contemporaneamente senza conoscere la mossa dell'altro e per una sola volta; nel secondo caso, siamo in presenza di un gioco statico ripetuto più volte, in cui i giocatori possono prendere in considerazione e "imparare" dalle mosse precedenti, anche se il risultato di queste non influisce sul risultato finale; infine, nei giochi dinamici, il risultato della mossa precedente influenza la mossa successiva, nonché il risultato finale. I giochi ripetuti e quelli dinamici differiscono secondo che essi siano finiti ovvero infiniti, composti cioè da un numero infinito di mosse. È chiaro che, in natura, l'oligopolio è un gioco dinamico tendenzialmente infinito.

In base alla struttura temporale, i giochi possono essere distinti in giochi sequenziali e giochi simultanei (o in forma strategica). Sono sequenziali quei giochi in cui i giocatori compiono mosse alternate, definendo le proprie scelte in tempi diversi. In tale caso ogni giocatore, quando è il suo turno deve guardare avanti e considerare come le sue azioni immediate influenzeranno quelle future degli altri e quelle che lui stesso compirà in seguito. I giochi sono simultanei, o in forma strategica, quando i partecipanti intraprendono le loro azioni contemporaneamente, ignorando le strategie che gli altri hanno scelto in quel preciso momento. In ogni caso tutti i partecipanti devono essere consapevoli del fatto che vi sono altri giocatori attivi, che a loro volta sono altrettanto consci della situazione e così via. Quindi ogni giocatore deve figurativamente mettersi al posto di tutti gli altri e cercare di prevedere quali saranno le risposte future degli altri giocatori ed in base a queste calcolare qual è la migliore mossa da compiere in quel preciso momento. La migliore delle azioni che egli possa compiere

interdipendenti e dove i giocatori rispondono *razionalmente* a questa interdipendenza comportandosi in modo strategico.¹²⁵

I primi contributi apparvero subito innovativi, sia per il metodo adottato sia per la novità dei contenuti e delle soluzioni. Mentre, infatti, la teoria economica tradizionale provvedeva un sicuro criterio di razionalità in condizioni di certezza, la teoria dei giochi mostrò che la razionalità in condizioni di incertezza e di interazione tra i partecipanti poteva condurre a soluzioni molto diverse da quelle tradizionali.

è, infatti, parte integrante di tutto questo calcolo globale. Nei giochi simultanei il giocatore deve agire senza conoscere le scelte dell'altro giocatore. Nel momento in cui scopre cosa ha fatto l'altro, non c'è più tempo per cambiare. Norma base del comportamento strategico è, dunque: guardare avanti e ragionare retrospettivamente. La natura del ragionamento strategico, necessario per i due tipi di gioco, è notevolmente diversa. Per i giochi a mosse sequenziali, il ragionamento è lineare: ogni giocatore deve guardare avanti e anticipare le risposte future del concorrente per ragionare retrospettivamente e decidere l'azione da compiere. Diversamente, per i giochi a mosse simultanee, il ragionamento non è lineare, bensì circolare (il ragionamento di interazione non funziona osservando la strategia dell'altro, ma vedendo attraverso questa): nessun giocatore ha il vantaggio di poter osservare la mossa ultimata dall'altro prima di compiere la sua. Di conseguenza, ciascuno deve mettersi simultaneamente sia nei propri panni sia in quelli altrui al fine di calcolare quali siano le mosse più vantaggiose per entrambe le parti.

¹²⁵ Scettico nei confronti di alcune forme di contorsioni tecniche di tali ricerche economiche appare P. SYLOS LABINI, (*supra*, nt. 58), 40, il quale afferma: «*La verità è che, sulla via delle variazioni congetturali (cred'io ch'ei credette ch'io credesse), non ci si ferma mai. Le soluzioni possono essere aumentate all'infinito ed il proporre siffatte ipotesi e soluzioni può divenire una sorta di mestiere. Si tratta di un'attività che ha una straordinaria rassomiglianza con quella di uno scacchista che elabori problemi per una rivista creativa (il bianco muove e vince in tre mosse) o, su un piano più elevato, che scriva manuali di strategia scacchistica. L'analogia non è solo formale e – si spera – neppure irriverente: intellettualmente uno scacchista di vaglia non può non essere oggetto della nostra ammirazione*». Così come, ricorda l'autore, «*è giustamente oggetto di ammirazione un grande matematico. Se il pensiero corre a von Neumann, di nuovo, non si tratta di un'associazione di idee accidentale*».

1.11.a. Descrizione del gioco strategico

Un gioco in forma strategica è composto da tre elementi: un insieme finito di giocatori; un insieme di strategie per ogni giocatore e le funzioni di risultato (*pay-offs*).

Per comprendere appieno il funzionamento di gioco in forma strategica basti pensare al “*gioco dei prezzi e delle capacità*”, applicazione del famoso *dilemma del prigioniero* a un mercato duopolistico, ai fini della determinazione dei prezzi di un dato bene omogeneo.

Supponiamo che le imprese coinvolte siano la Bianca e la Nera, e che queste costruiscano un identico bene, per cui il prezzo è una variabile che influenza notevolmente le scelte dei consumatori. Ciascuna impresa ha a disposizione due possibili strategie di prezzo: praticare un prezzo alto (p_a) o un prezzo basso (p_b). Ogni impresa decide simultaneamente alla rivale il prezzo da fissare, senza avere la possibilità di cooperare.¹²⁶

¹²⁶ La descrizione di un gioco simultaneo, nel caso più semplice di due soli giocatori, assume la forma di una tabella a doppia entrata, dove le righe corrispondono alle strategie possedute dal primo giocatore (nel caso dell'esempio, l'impresa Nera), mentre le colonne coincidono con le strategie detenute dal secondo giocatore (l'impresa Bianca). In ogni cella vi saranno due numeri, il primo è il risultato dell'impresa Nera, mentre il secondo è il risultato dell'impresa Bianca. Nella forma strategica i giocatori scelgono simultaneamente la strategia da adottare prima che il gioco abbia inizio.

Si veda, D.G. BAIRD, R.H. GERTNER, R.C. PICKER, *Game Theory and the Law*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1998, 6 ss.

Figura 1

		Bianca	
		p_b	p_a
Nera	p_b	3,3	7,1
	p_a	1,7	5,5

Quando entrambe le imprese adottano lo stesso prezzo di vendita, la domanda di mercato viene ripartita ugualmente tra le due imprese e ognuna di esse è in grado di soddisfare le richieste del mercato con la propria capacità produttiva. In particolare, se Bianca e Nera fissano un prezzo alto, ricevono un profitto pari a 5. Se, invece, entrambe le imprese fissano un prezzo basso, otterranno un profitto pari a 3.

Quando, invece, una delle due imprese decide di adottare il prezzo basso e l'altra il prezzo alto, l'intera domanda di mercato si rivolgerà all'impresa che pratica il prezzo inferiore. A causa delle limitate capacità produttive, tuttavia, l'impresa che decida di adottare il prezzo basso, non riuscirà a soddisfare pienamente la domanda di mercato, lasciando una quota di domanda insoddisfatta servita dall'impresa che pratica il prezzo più alto (pari a 1).

1.11.b. Equilibrio di Nash

Scopo dell'analisi di teoria dei giochi di una data situazione è quello di trovare per ogni gioco una situazione di "equilibrio", intendendosi per

equilibrio una combinazione di strategie che rappresentano la migliore strategia per ogni giocatore, e per strategia di un giocatore, quella regola che gli suggerisce quale azione selezionare ad ogni mossa del gioco.

La situazione di equilibrio presuppone che nessun giocatore desideri modificare il suo comportamento, dato quello degli altri giocatori. In altre parole, nessun giocatore o gruppo di giocatori è incentivato a modificare le proprie azioni (o scelte strategiche) se ritiene che neppure i rivali modificheranno le loro.

In un gioco non cooperativo, il comportamento oligopolistico pienamente razionale richiede una valutazione delle azioni potenziali dei rivali. In tale circostanza l'unico equilibrio possibile si ha solamente nel caso in cui le decisioni delle imprese conducono ad un «*self-reinforcing set of strategies in which each strategy is a best response to the other strategies*».¹²⁷ Tale equilibrio è chiamato equilibrio di Nash.¹²⁸

L'equilibrio di Nash è un concetto fondamentale nella teoria dei giochi, in quanto estende la nozione di comportamento ottimizzante a un contesto decisionale caratterizzato da interazione strategica, nel quale l'utilità o i profitti del soggetto non dipendono unicamente dalle sue scelte ma anche dalle decisioni prese da altri soggetti.¹²⁹

Nella figura 1, l'unica combinazione di strategie che dà luogo ad un equilibrio di Nash è quella in cui sia la Bianca che la Nera fissano un

¹²⁷ Si vedano L. PEEPERKORN, V. VEROUDEN, (*supra*, nt. 42), 30

¹²⁸ Un equilibrio di Nash è un profilo di strategie in corrispondenza del quale data la scelta degli altri giocatori, nessun giocatore può ottenere un risultato migliore con una diversa strategia.

¹²⁹ M. MOTTA, M. POLO, (*supra*, nt. 120), 355

prezzo basso e ricevono ciascuna un profitto di 3. Se una delle imprese si aspetta che l'altra fissa un prezzo basso, la sua risposta migliore è di fissare anch'essa il prezzo basso. Questa è l'unica combinazione di strategie che costituisce un equilibrio, anche se entrambe le imprese potrebbero stare meglio qualora fissassero prezzi alti, nel qual caso otterrebbero un profitto pari a 5.¹³⁰

Nell'esempio ci sono anche altri motivi che giustificano l'insorgere di un equilibrio di prezzo basso. Infatti la fissazione di prezzo basso rappresenta la scelta migliore per qualunque impresa qualunque sia il comportamento della rivale. Per capire il perché di tale affermazione bisogna esaminare la decisione di una delle due imprese. Se la Bianca si aspetta che la Nera fissi un prezzo alto, allora la sua risposta migliore è quella di fissare il prezzo basso, perché così guadagnerà 7 piuttosto che 5. D'altro canto, se la Bianca si aspetta che la Nera fissi un prezzo basso, la sua miglior risposta è di nuovo quella di fissare un prezzo basso, ma per una ragione diversa: se fissasse un prezzo alto rischierebbe di perdere una parte sostanziale della domanda. Se fissa un prezzo basso, il profitto di Bianca sarà di 3, invece che di 1. È evidente che la strategia migliore per l'impresa Bianca è quella di fissare un prezzo basso indipendentemente da ciò che farà la Nera. Quando una strategia risulta la migliore per un giocatore, indipendentemente dalla strategia adottata dall'altro, si dice che quella strategia domina tutte le altre ed è chiamata strategia dominante.

¹³⁰ Per questo motivo, in dottrina, è stato affermato che l'equilibrio di Nash è pareto-inefficiente.

1.11.c. I giochi ripetuti

Più vicina alla realtà empirica della dinamica dei mercati è la teoria dei giochi ripetuti, ove ogni impresa fissa ripetutamente prezzo e produzione e può rispondere alle corrispondenti mosse dei propri avversari. I giocatori imparano dalle mosse precedenti, ma il risultato di queste non influisce sul risultato finale.¹³¹

Nei giochi finitamente ripetuti il risultato è sempre quello che l'ultimo stadio del gioco è anche l'unica scelta razionale dei giocatori del primo stadio. Nei giochi infinitamente ripetuti (i cosiddetti supergiochi), invece, ogni equilibrio è un possibile equilibrio.

Si pensi, per il primo caso, ad un gioco in due stadi. Se si adotta il modello di Cournot l'equilibrio finale, cioè quello del secondo stadio, è il noto equilibrio di Cournot/Nash. Orbene, poiché i giocatori sanno che tale è il punto di arrivo, e che esso non può cambiare, ciascun giocatore non ha alcun strumento per convincere l'altro alla collusione, poiché quest'ultimo sa che in ultima analisi si deve pervenire all'equilibrio di Cournot, l'unico possibile.

Nel caso invece di Supergiochi, i giocatori non conoscono, per definizione, l'equilibrio dell'ultimo sub-gioco in quanto questo è

¹³¹ La differenza tra un gioco ripetuto e un gioco dinamico consiste nel fatto che l'ambiente nel quale il gioco si svolge rimane immutato e le imprese non possono attuare investimenti o prendere impegni durevoli. L'elaborazione della teoria dei giochi ripetuti risponde alla necessità di ricreare una situazione più prossima alla realtà del mercato senza imbarcarsi nella complessità che caratterizza la teoria dei giochi dinamici. In tal senso si veda, M. POLO, *La teoria dell'oligopolio*, Bologna, il Mulino, 1993, 29 ss.

infinitamente lontano. Ebbene la teoria dei giochi dimostra matematicamente la plausibilità della teoria stigleriana secondo la quale a causa delle ripetute interazioni nel mercato gli oligopolisti possono coordinare i loro comportamenti e fissare prezzi sovra-competitivi, a patto che vi siano delle caratteristiche di mercato favorevoli alla collusione, ovvero che il mercato sia caratterizzato da trasparenza, cioè osservabilità delle defezioni, e punibilità da parte dei rivali che possiedono armi credibili di ritorsione.¹³² In tale situazione alle imprese non sembrerà utile rinunciare ai copiosi e durevoli profitti per un'unica defezione.

Una curiosa considerazione, che è possibile trarre da tali modelli, è quella che consiste nell'osservare come paradossalmente l'incentivo alla collusione sia più forte proprio in quei mercati che, essendo caratterizzati da trasparenza, più si avvicinano per altri versi al modello concorrenziale. Di converso, in un mercato in cui ogni impresa potesse giovare di una certa indipendenza di comportamento, l'incentivo della deviazione diviene più forte e sostanzialmente irresistibile. Questo principio di razionalità capovolta è l'elemento caratteristico della collusione oligopolistica.

¹³² Si parla, in questo caso, di pratiche facilitanti, che consistono in tutti quei meccanismi o situazioni di mercato che, aumentando il livello di trasparenza riducono il grado di incertezza in merito alle scelte dei concorrenti, rendendo così molto probabile il verificarsi di determinate condotte ed eliminando quel normale livello di rischio che caratterizza un mercato concorrenziale. Sulle pratiche facilitanti e sul modo in cui queste operano al fine di determinare i comportamenti delle imprese all'interno di un dato mercato si tornerà ampiamente nel prosieguo del presente lavoro, basti qui semplicemente rilevare che dal punto di vista della teoria dei giochi, tali pratiche possono essere interpretate come l'introduzione di un passaggio iniziale del gioco che, incidendo sull'insieme informativo a disposizione degli agenti, influisce sulle scelte individuali successivamente fatte dai giocatori.

1.11.d. Insorgenza endogena della collusione nei giochi ripetuti infinite volte

Se il mercato è concentrato e le imprese operano in un contesto di “giochi ripetuti” su un orizzonte infinito è economicamente razionale attendersi che le strategie di ciascun giocatore (in termini di *output* o di prezzo) siano definite in base ad aspettative sulle azioni che saranno intraprese dai concorrenti ed alle risposte di questi alle azioni aggressive o accomodanti poste in essere dal mercato.

Se si introduce il fattore tempo, dunque, l’equilibrio di mercato risulta modificato non solo dalla capacità degli agenti di valutare l’interdipendenza oligopolistica, ma anche dalla possibilità di modificare quest’ultima grazie al ripetersi nel lungo periodo di rapporti concorrenziali.

Tale comportamento, pur individualmente razionale, ossia volto alla massimizzazione del profitto del singolo operatore dati i vincoli del gioco, può condurre ad un esito molto simile o coincidente a quello raggiungibile per effetto di un accordo collusivo, semplicemente perché nel lungo periodo l’adozione di politiche aggressive consente ai concorrenti di reagire con analoghe strategie, innescando una sequenza di perdite a danno di tutti gli operatori.¹³³

Tipico esempio di insorgenza endogena della collusione è quello, riportato di seguito, delle due stazioni di benzina.¹³⁴

¹³³ Si veda, D.G. BAIRD, R.H. GERTNER, R.C. PICKER, (*supra*, nt. 126), 165 ss

¹³⁴ G.A. HAY, *Oligopoly*, (*supra*, nt. 8), 888; L. KAPLOW, (*supra*, nt. 8), 692; D.W. CARLTON, R.H. GERTNER, A.M. ROSENFELD, *Communications among competitors: Game theory and Antitrust*, 5 Geo. Mason L. Rev. 423, 428 (1997)

Si consideri che in un paese esistono solo due benzinai, siti lungo una strada l'uno di fronte all'altro e che, per qualunque ragione, non sia possibile l'ingresso di nuovi benzinai. Si assuma che il prezzo di cartello che massimizza i profitti delle due imprese sia pari a 2 euro, che tale circostanza sia conosciuta da entrambi e che entrambi siano capaci di soddisfare l'intera domanda di benzina nel paese. Infine, si assuma che ogni benzinaio pratichi un prezzo pari a 1 euro.

In questo scenario, ogni benzinaio vorrebbe praticare un prezzo pari a 2 euro, ma è consapevole del fatto che se uno soltanto aumenta il prezzo e l'altro mantiene il prezzo a 1 euro, colui che decide di aumentare il prezzo andrebbe in contro ad una perdita della clientela a favore dell'altro. Se tale situazione si verificasse, il benzinaio che ha aumentato il prezzo si troverebbe in una situazione peggiore rispetto alla situazione iniziale, mentre il secondo in una migliore. Sulla base di tali presupposti è verosimile che nessuno decida di innalzare il prezzo senza una previa concertazione. Per cui è possibile affermare che anche in un duopolio, in assenza di accordo, le imprese praticano un prezzo pari a quello concorrenziale.

Assumiamo ora che i benzinai espongano dei cartelli che indicano i prezzi praticati. In questo caso, le imprese potranno facilmente monitorare i prezzi reciproci, cosicché sarà facile per l'impresa che decide per prima di aumentare il prezzo verificare i movimenti di prezzo dell'altra, che potrà decidere di seguire o meno l'aumento. Se la seconda impresa dovesse decidere di non rispondere all'aumento, mantenendo il prezzo basso, l'impresa che per prima ha portato il prezzo a 2 euro, prontamente

ridurrebbe il prezzo. In tale ipotesi, nel breve lasso di tempo che intercorre tra l'aumento e la riduzione soltanto un numero limitato di clienti passerebbe dal primo al secondo benzinaio e, dunque, il vantaggio conseguito da quest'ultimo sarà limitato rispetto a quello che avrebbe conseguito se avesse seguito il primo nell'aumento di prezzo. Tale circostanza è nota al secondo benzinaio, che, pertanto, adotterà la scelta per se più conveniente, ovvero quella di seguire il primo benzinaio nell'aumento.

Il risultato di mercato è il medesimo che si sarebbe realizzato se le imprese si fossero accordate: i consumatori saranno costretti a pagare un prezzo alto. Tuttavia, a differenza che in un'ipotesi di cartello tipica, il prezzo finale è una logica conseguenza del "gioco" oligopolistico e la condotta adottata da ogni giocatore è razionale e basata solamente su calcoli utilitaristici.

Pur in assenza di accordi, la consapevolezza del fatto che la seconda impresa seguirà l'incremento di prezzi discende dalla struttura del mercato. In altre parole, il parallelismo dei comportamenti discende da una mera interdipendenza oligopolistica.

CAPITOLO SECONDO

Il parallelismo dei comportamenti e

la *Section 1* dello *Sherman Act*

*"Conversion of an oligopoly case to an express price fixing case brings the pot of gold at the end of the rainbow."*¹³⁵

Sommario: **I.1.** *Premessa: La Section 1 dello Sherman Act e il conscious parallelism; Sezione Prima – Identificazione delle fattispecie disciplinate dalla Section 1; II.2.* *Le nozioni di contract, combination e conspiracy e l'importanza del concetto di agreement in restraint of trade; II.3.* *L'evoluzione giurisprudenziale; II.3.a.* *Il caso Interstate Circuit; II.3.b.* *Il caso American Tobacco; II.3.c.* *Il caso Paramount Pictures; II.3.d.* *Il caso Theatre Enterprises; II.4.* *La dottrina giuridica tradizionale; II.4.a.* *La posizione di Turner; II.4.b.* *La soluzione suggerita dal giudice Posner; II.4.c.* *L'approccio mediano di Markovits; Sezione Seconda – Il problema della prova; II.5.* *Il problema della prova; II.6* *La dottrina del “parallelism plus”; II.6.a.* *I plus factors; II.6.b.* *Le pratiche facilitanti; II.7.* *Le prime pronunce della Corte Suprema in tema di pratiche facilitanti; II.8.* *Lo standard probatorio moderno: Il caso Monsanto; II.8.a.* *Il caso Matsushita; II.8.b.* *Lo standard probatorio Monsanto-Matsushita; II.9.* *Applicazione dello standard Monsanto-Matsushita da parte delle Corti inferiori; II.9.a.* *Il caso Williamson oil; II.9.b.* *Il caso In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation; II.9.c.* *Il caso Flat Glass; II.10.* *Il caso Brooke Group; II.11.* *Il caso Twombly e il “plausibility pleading” standard; II.12.* *Alcune decisioni di conspiracy nel post-Twombly.*

¹³⁵ T.E. KAUPER, (*supra*, nt. 19), 755

II.1. La Section 1 dello Sherman Act e il conscious parallelism

La *Section 1* dello *Sherman Act* vieta “[e]very **contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade** [grassetto aggiunto] *or commerce among the several States, or with foreign nations*”¹³⁶.

Affinché la norma possa essere applicata è necessario che sussistano tre requisiti: occorre, innanzitutto, che vi sia un *contract* una *combination* o una *conspiracy*; che l'azione intrapresa dalle imprese sia “*in restraint of trade*”; e, infine, che l'azione sia idonea a incidere sul commercio tra Stati federati o con l'estero.

In merito al secondo requisito, appare opportuno precisare che, nell'interpretazione affermatasi come dominante, la norma non proibisce tutte le restrizioni al commercio, bensì soltanto quelle irragionevoli.¹³⁷

¹³⁶ 15 U.S.C. §1

¹³⁷ Per “*unreasonable restraint of trade*” si intendono tutte quelle restrizioni al commercio “*that produce a significant anticompetitive effect and thus violate antitrust law*”. La definizione ivi richiamata è tratta da B.A. GARNER, *Black's Law Dictionary*, Ninth Edition, West, St. Paul, Minn., 2009.

Nell'ambito dell'interpretazione e applicazione della *Section 1* dello *Sherman Act*, il giudizio di ragionevolezza è stato adottato per la prima volta dalla Corte Suprema nel 1910 nella nota decisione del caso *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1 (1910), in cui la Corte ha statuito che soltanto le *combinations* o gli *agreements* che formavano una *unreasonable restraint* dovevano essere condannate.

Invero, negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore dello *Sherman Act*, le disposizioni in esso contenute sono state interpretate letteralmente in modo piuttosto rigoroso: “qualunque” restrizione al commercio veniva condannata in quanto illecita, indipendentemente dalla sua ragionevolezza. Ciò in quanto gli interpreti – in primo luogo la Corte Suprema – ritenevano che questa fosse l'interpretazione più vicina alle intenzioni del Congresso al momento dell'emanazione della legge. Esempio appare, a tal proposito, la decisione *United States v. Trans-Missouri Freight Association.*, 166 U.S. 290 (1897), passata alla storia, insieme ad altre decisioni iniziali della Corte, come “*espressione di un*

Orbene, il principale divieto sanzionato da questa norma riguarda gli accordi orizzontali,¹³⁸ in quanto è attraverso questo tipo di accordi che imprese dirette concorrenti possono agire collettivamente come se fossero un monopolista, determinando notevoli pregiudizi per la concorrenza e per i consumatori.

Come illustrato nel Capitolo precedente, in oligopolio, grazie alle caratteristiche di mercato favorevoli e alle ripetute interazioni fra le poche imprese in esso operanti, al fine di ottenere equilibri di mercato anticompetitivi (*i.e.* fissazione di prezzi al di sopra del costo marginale e riduzione della produzione), non è necessaria la conclusione di accordi espliciti da parte degli oligopolisti, i quali – invece – saranno spinti dalla stessa struttura del mercato verso forme più sofisticate di collusione, molto più difficili da scoprire da parte delle Autorità *antitrust*.¹³⁹

Le difficoltà sono ancora maggiori, se si considera che spesso tali modesti risultati concorrenziali non sono affatto il frutto di un coordinamento illecito, ma derivano da azioni adottate indipendentemente dalle imprese in risposta a stimoli provenienti dal mercato.

orientamento formalisticamente restrittivo, che intendeva qualunque restrizione come una restrizione per se della legge.” (così G. AMATO, (*supra*, nt. 41), 17). Per una approfondita e brillante descrizione del dibattito che ha portato all'emanazione dello Sherman Act, si veda R.J.R. PERITZ, (*supra*, nt. 41), 13 ss.

¹³⁸ Gli accordi orizzontali di fissazione di prezzi sono da sempre considerati illeciti *per se*, anche se ancillari, ad esempio, ad accordi di integrazione economica che possono generare risparmi di costi o altre efficienze, poiché si ritiene che nessun effetto procompetitivo può derivare dagli stessi. Si veda a tal proposito *United states v. Scony-Vacuum Oil Co., Inc.*, 310 U.S. 150 (1940). In dottrina, J.B. BAKER, *Per Se Rules in the Antitrust Analysis of Horizontal Restraints*, 36 *Antitrust Bull.* 733 (1991). Sono illeciti *per se* anche gli accordi di ripartizione dei mercati e della clientela, nonché gli accordi di restrizione della produzione (cosiddette *hard core restriction*). Anche per questo tipo di accordi, infatti, non può essere condotta alcuna valutazione in merito alla ragionevolezza della restrizione.

¹³⁹ Si veda, S. STROUX, *US and EC Oligopoly Control*, (*supra*, nt. 15), 37-38

Se il diritto *Antitrust* debba vietare il comportamento interdipendente degli oligopolisti è una annosa e dibattuta questione.¹⁴⁰

In particolare, il problema che il diritto *Antitrust* statunitense ha dovuto (e continua, ancora oggi, ad) affrontare ha riguardato la possibilità di applicare il divieto contenuto nella *Section 1* dello *Sherman Act* alle ipotesi di collusione tacita, pur in assenza di un esplicito accordo anticoncorrenziale.

Sebbene la Corte Suprema abbia più volte chiarito che per sanzionare una condotta nel contesto della prima sezione dello *Sherman Act* non è necessario un esplicito accordo formalizzato per iscritto, ha anche espressamente stabilito che il mero parallelismo oligopolistico è pienamente legittimo.¹⁴¹

Come avremo modo di approfondire *infra*, dunque, la riconduzione del parallelismo consapevole¹⁴² all'*agreement* è una strada obbligata, essendo l'esistenza di un *agreement* la condizione necessaria perché possa essere individuata alcuna responsabilità.

Tale operazione comporta la definizione di due questioni di cruciale

¹⁴⁰ In dottrina vi è un consenso pressoché unanime sul fatto che i comportamenti interdipendenti nono costituiscono un *agreement* ai fini antitrust. L'unica autorevole eccezione è costituita dal pensiero del giudice Posner, sul quale ci si soffermerà al paragrafo II.3.b del presente Capitolo. Per la posizione dominante, si veda, per tutti, H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, (*supra*, nt. 76), 166 ss

¹⁴¹ Si veda in proposito, *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 277 (1993)

¹⁴² Come ricordato da B.G. HERBERT, *Delivered Pricing as Conspiracy and as Discriminations: The Legal Status*, 15 Law & Contemp. Prob. 181, 197 (1950) e da M. HANDLER, *Contract, Combination or Conspiracy*, 3 A.B.A. Antitrust section 38, 42 (1953), la locuzione parallelismo consapevole (*rectius*: “*parallel course of action*”) è stata utilizzata per la prima volta dalla Federal Trade Commission in un comunicato stampa del 12 ottobre 1948, *Notice to the Staff: In re Commission Policy Toward Geographic Pricing Practices*.

importanza, strettamente connesse l'una con l'altra: da un lato, determinare quali condotte rientrino nell'ambito di applicazione della *Section 1* e, dall'altro lato, stabilire che tipo di prova deve essere fornita nel corso di un giudizio da chi assume che vi sia stato un coordinamento illecito.

Nel presente Capitolo verranno analizzate entrambe le questioni, trattandole, rispettivamente, nella prima e nella seconda sezione.

Sezione Prima

Identificazione delle fattispecie disciplinate dalla Section 1

II.2. Le nozioni di contract, combination e conspiracy e l'importanza del concetto di agreement in restraint of trade

La *Section 1* dello *Sherman Act* non fornisce una definizione dei termini *contract*, *combination* e *conspiracy* in essa menzionati, ma richiede, ai fini della sua applicazione, che sia stata posta in essere una condotta comune o un'azione concertata, in quanto elemento necessario della violazione.

Come rilevato dalla dottrina,¹⁴³ la *Section 1* contiene sia parole di uso comune, come ad esempio “*every*”, sia parole appartenenti al mondo giuridico. Per una corretta interpretazione di queste ultime, è stato necessario, soprattutto nei primi anni di applicazione dello *Sherman Act*, rivolgersi alla tradizione giuridica del *common law* precedente al 1890.¹⁴⁴

In particolare, mentre la parola *contract* non ha determinato particolari difficoltà interpretative,¹⁴⁵ maggiori dubbi ermeneutici hanno riguardato il significato dello stesso termine letto in connessione o in

¹⁴³ M. HANDLER, (*supra*, nt. 142), 38

¹⁴⁴ Si veda H. HOVENKAMP, *The Sherman Act and the Classical Theory of Competition*, 74 Iowa L. Rev. 1019 (1989). Lo scritto in questione è stato, altresì, pubblicato nella raccolta E.T. SULLIVAN (edited by), *The Political Economy of the Sherman Act. The First One Hundred Years*, New York, Oxford University Press, 1991, 144. Si veda, altresì, D.J. GERBER, *Global Competition. Law, Markets, and Globalization*, New York, Oxford University Press, 2010, 122 ss.

¹⁴⁵ J.A. RAHL, *Conspiracy and the Anti-Trust Law*, 44 Ill. L. Rev. 743, 744 (1950)

contrasto con le altre parole chiave indicate nella norma, *combination* e *conspiracy*.

In realtà, laddove si considerino la storia e le ragioni che hanno spinto il Congresso a emanare “*An act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies*”¹⁴⁶ appare chiaro che il motivo per cui il legislatore statunitense ha preferito adottare tre termini piuttosto che uno era la volontà di proteggere il commercio da qualsivoglia restrizione illegittima.¹⁴⁷

Di conseguenza, mentre con il termine *contract* il Congresso ha voluto colpire la volontà di obbligarsi sul piano giuridico, la *combination* e la *conspiracy* indicano l'intento di perseguire comportamenti riscontrabili nella realtà dei fatti e riconducibili ad un atteggiamento psicologico che può variare dalla preordinazione al parallelismo. Del resto, certamente alla fine del diciannovesimo secolo non era possibile immaginare quelli che sarebbero stati i successivi sviluppi nella teoria dell'oligopolio.

In particolare, in merito al significato del termine *contract* possiamo dire che sebbene, in generale, esso indichi «*an agreement between two or more parties creating obligation that are enforceable or otherwise recognizable at law,*»¹⁴⁸ nel contesto della *Section 1* deve essere inteso in senso lato, tanto da comprendere al suo interno qualsiasi forma di concertazione, anche informale.

¹⁴⁶ Questo è il titolo con il quale la legge è stata emanata.

¹⁴⁷ Si veda R.J.R. PERITZ, (*supra*, nt. 41), 25; H. HOVENKAMP, *Enterprise and American Law, 1836-1937*, Cambridge, Harvard University Press, 1991

Per un risalente commento, si veda, altresì, A.H. WALKER, *History of the Sherman Law of the United States of America*, Westport, Greenwood press, 1910, 12

¹⁴⁸ La definizione è tratta da B.A. GARNER, (*supra*, nt. 137).

Inoltre, la parola *contract* non deve essere letta isolatamente, posto che lo statuto esprime preoccupazione verso un particolare tipo di contratto, il *contract in restraint of trade*.

Diversamente, il termine *combination*, in combinato con la locuzione “*in the form of trust or otherwise*”, si riferisce alla tipica forma legale che i cartelli assumevano al tempo dell'entrata in vigore dello *Sherman Act*. E, in effetti, prima di tale momento, non si rinviene né una definizione precisa né tanto meno un dibattito in merito alla *combination*.

In particolare, per *combination in restraint of trade* si intende «*an express or tacit agreement between two or more persons or entities designed to raise prices, reduce output, or create a monopoly.*»¹⁴⁹

Essa si riferisce, dunque, a qualunque forma di azione comune intrapresa dalle imprese: dalle concentrazioni agli accordi e da questi alla interdipendenza oligopolistica di fissazione dei prezzi.

Peraltro, in dottrina è stato evidenziato come, in tale caso, sia proprio la locuzione “*or otherwise*” ad indurre l'interprete ad optare per un'interpretazione che sia la più ampia possibile.¹⁵⁰

Infine, il termine *conspiracy* indica «*an agreement by two or more persons to commit an unlawful act, coupled with an intent to achieve the agreement's objective, and (in most states) action or conduct that furthers the agreement; a combination for an unlawful purpose.*»¹⁵¹

¹⁴⁹ Si veda, B.A. GARNER, (*supra*, nt. 137).

¹⁵⁰ Si veda, L. KAPLOW, (*supra*, nt. 8), 727

¹⁵¹ La definizione riportata, tratta da B.A. GARNER, (*supra*, nt. 137), prosegue chiarendo che «*Conspiracy is a separate offence from the crime that is the object of the conspiracy. A conspiracy ends when the unlawful act has been committed or (in some states) when the agreement has been abandoned. A conspiracy does not automatically end if the*

In senso più ampio, la *conspiracy* è qualunque azione volta al raggiungimento di un fine comune.

In realtà, l'individuazione di una sensibile distinzione tra *contract* e *combination*, da un lato, e *combination* e *conspiracy*, dall'altro, non è stata di alcuna pratica importanza né in *common law*, né nella costruzione dello Statuto. Ed invero, come hanno evidenziato anche i primi commentatori della norma,¹⁵² ai fini pratici, i termini indicati dal legislatore possono essere considerati come sinonimi, posto che, peraltro, essi erano stati utilizzati in modo intercambiabile anche dai giudici, almeno nelle prime decisioni.

Ciò in quanto, i tre termini riportati nella norma si fondono in un singolo concetto,¹⁵³ il concetto di *agreement*,¹⁵⁴ il quale, sebbene non

conspiracy's object is defeated». L. KAPLOW, (*supra*, nt. 8), 729, al quale si rinvia anche per la bibliografia e la casistica richiamata, nel citare tale definizione afferma che essa, rimasta essenzialmente immutata nel corso del tempo, riflette il *common law* in tema di *conspiracy* e il più recente *Model Penal Code*.

¹⁵² Si vedano, M. HANDLER, (*supra*, nt. 142), 40; J.A. RAHL, (*supra*, nt. 145), 744, nota 5. Secondo questo Autore, «[t]he moral overtones of the two words are different, and their sense may have been meant to be different. Several possibilities exist: (1) A combination might be the status which a conspiracy brings about; (2) or, conversely, the combination may be the association which becomes a conspiracy when an unlawful element is added, [...]; (3) the draftsmen may have meant "combination" to cover close integrations (suggested by their use of the phrase, "combination in the form of trust or otherwise") with conspiracy used to cover loose confederations; (4) or perhaps a difference lies merely in the openness or secrecy of the arrangement.»

¹⁵³ L.A. SULLIVAN, W.S. GRIMES, *The Law of Antitrust. An Integrated Handbook*, St. Paul, Thomson West, 2nd ed., 2006, 196; P.E. AREEDA, H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, (*supra*, nt. 20), 210, 254-255. Gli Autori sottolineano, altresì, come i diversi termini indicati nello *Sherman Act* siano spesso considerati come intercambiabili. In senso contrario, però, L. KAPLOW, (*supra*, nt. 8), 727, nt. 96, il quale ritiene che tale statuizione non sembra in realtà corretta poiché, per esempio, mentre un accordo tacito può essere considerato come una *conspiracy*, in nessun caso potrà rientrare nella nozione di contratto.

¹⁵⁴ Ed invero, come avremo modo di vedere nei paragrafi che seguono, nelle opinioni dei giudici e nei verdetti della giuria sono stati utilizzati diversi sinonimi della parola

menzionato nello Statuto, costituisce l'elemento caratterizzante del divieto previsto dalla *Section 1*.

Secondo la definizione comune, esiste un *agreement* quando tra le imprese vi sia un *meeting of the minds*, ovvero un incontro di volontà, tale da escludere l'indipendenza dell'azione. Questa ampia definizione include tanto gli accordi contrattuali quanto i comportamenti interdipendenti attuati in uno scenario oligopolistico volti al coordinamento dei prezzi.¹⁵⁵

Sebbene, infatti, esistano anche definizioni più restrittive di *agreement*, come quelle secondo la quale l'*agreement* sarebbe un equivalente del *contract*, appare, tuttavia, evidente come nel contesto *antitrust* una siffatta interpretazione non possa essere accolta, considerato che il concetto di *agreement* deve essere tanto ampio da comprendere i compositi concetti contenuti nella *Section 1* dello *Sherman Act*.¹⁵⁶

Come autorevolmente notato da Hovenkamp, una delle ragioni per cui il diritto antitrust ha difficoltà con gli oligopoli «*is its continued adherence to the common law concept of agreement.*» Secondo tale Autore, infatti, è l'enfasi posta sul concetto di accordo ad aver portato molti commentatori (primo fra tutti Donald Turner¹⁵⁷) a pensare che la fissazione

“*agreement*”, quali, ad esempio, “*informal understanding*”, “*tacit agreement*”, “*concert of action*”, “*meeting of the minds*”, “*partnership*”, “*combinations*”, “*collusion*”, “*cooperation*”, “*joint action*”, “*scheme or plan*”. Qualunque sia la terminologia utilizzata, ciò che rileva è la comune azione collusiva.

¹⁵⁵ L. KAPLOW, (*supra*, nt. 8), 668, secondo il quale «*[e]ach firm is thinking about what the other firm is thinking and how that firm will react; each recognizes that the other thinks similarly; and so forth. The firms' minds have met; they are in an equilibrium that is favorable (for them).*»

¹⁵⁶ *Ibidem*, 705

¹⁵⁷ Per un approfondito esame del pensiero di Turner si veda il paragrafo II.4.a del presente Capitolo.

di prezzo in oligopolio non rientri nell'ambito di applicazione del diritto *antitrust*.¹⁵⁸

Il concetto di *agreement* nel *common law*, del resto, è costruito intorno a tre elementi: un unico scopo, evocato da espressioni quali “*meeting of minds*”, “*common design*”, o “*mutual assent*”; l'esistenza di una pluralità di partecipanti e la cospirazione come un metodo piuttosto che come un risultato.

É immediatamente chiaro che una applicazione formalistica della Section 1, che richiede la prova di ogni elemento dell'*agreement*, e specialmente il “*meeting of mind*,” impedirebbe un effettiva applicazione del diritto *antitrust* contro i modesti risultati economici in oligopolio.¹⁵⁹

II.3 Evoluzione giurisprudenziale

Mentre, dunque, la questione relativa all'esistenza di un accordo sembra primariamente una questione di prove, essa è strettamente legata alla questione più concettuale del significato da attribuire alla parola “*agreement*” ai fini dell'applicazione dello *Sherman Act*.

In questo scenario interpretativo, un ruolo fondamentale è stato quello rivestito dalle Corti – e, in primo luogo, dalla Corte Suprema – che hanno dovuto assolvere il compito di trovare un punto di equilibrio tra l'esigenza di intervenire per porre rimedio a situazioni di parallelismo

¹⁵⁸ H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*. (*supra*, nt. 76), 166-167

¹⁵⁹ M. FILIPPELLI, (*supra*, nt. 21), 144

consapevole in oligopolio e la necessità di stabilire che tipo di evidenze devono essere fornite perché possa trovare applicazione la *Section 1* dello *Sherman Act*.¹⁶⁰

La base degli sforzi giurisprudenziali di definire gli elementi dell'accordo può essere rintracciata in quattro risalenti decisioni, ancora citate come *leading cases*, della Corte Suprema.

Nei primi tre casi di seguito riportati, la Corte Suprema ha utilizzato delle statuizioni talmente vaghe e ampie da suggerire la possibilità che la *Section 1* dello *Sherman Act* potesse essere utilizzata come strumento flessibile per sanzionare i comportamenti paralleli in mercati oligopolistici, riconducendoli, in presenza di evidenze circostanziali, nell'ambito della *conspiracy*.¹⁶¹

Questa apertura della giurisprudenza è stata drasticamente ridimensionata da una sentenza della stessa Corte Suprema del 1954: la decisione del caso *Theatre Enterprises*,¹⁶² che ha chiuso quello che in dottrina è stato definito come “*the formative period of agreement*

¹⁶⁰ M.D. BLECHMAN, *Conscious Parallelism, Signalling and Facilitatind Devices: the Problem of Tacit Collusion Under the Antitrust Laws*, 24 N. Y. L. Sch. L. Rev. 881 (1979). L'Autore specifica che la dottrina del *conscious parallelism* ha ricevuto un riconoscimento nell'ambito della *Section 1* dello *Sherman Act* grazie a una serie di domande private. Le Autorità governative, infatti, ha fatto riferimento a tale dottrina solo in due casi, peraltro in subordine rispetto alla domanda principale basata sull'accertamento della tradizionale *conspiracy*: *Triangle Conduit & Cable Co. v. FTC*, 168 F.2d 175 (7th Circ. 1948) confermata da *Clayton Mark & Co. v. FTC*, 336 U.S. 956 (1949); e *United States v. Armour & Co.*, No. 48-1351 (N.D. Ill., filed Sept. 15, 1948).

¹⁶¹ Si vedano, S. STROUX, *US and EC Oligopoly Control*, (*supra*, nt. 15), 43; M. FILIPPELLI, (*supra*, nt. 21), 145; M.D. BLECHMAN, (*supra*, nt. 160), 882-885; E.V. ROSTOW, *The New Sherman Act: A positive Instrument of Progress*, 14 U. Chi. L. Rev. 567, 584 (1947): «*parallel action based on acknowledged self-interest within a defined market structure is sufficient evidence of illegal action.*»

¹⁶² *Theatre Enterprises v. Paramount Film Distributing Corp.*, 346 U.S. 537 (1954)

decision.”¹⁶³

II.3.a. Il caso Interstate Circuit

Il primo caso nel quale la Suprema Corte ha affrontato la questione è il caso *Interstate Circuit* del 1939.¹⁶⁴

Nel caso in esame, la *conspiracy* riguardava alcuni accordi tra distributori ed esercenti cinematografici volti ad aumentare il prezzo minimo per le prime visioni dei film, imporre ulteriori restrizioni nelle proiezioni successive alla prima e proibire le “*double-feature*”, ovvero la visione della prima di un film unitamente ad un altro film.

In particolare, la condotta contestata era stata originata dall'invio da parte del manager di *Interstate Circuit* e di *Texas Consolidated Theatres* di un'unica lettera, indirizzata agli amministratori degli otto distributori di film (tutti indicati nella lettera), con la quale gli stessi venivano invitati a inserire specifiche clausole nei contratti stipulati con gli altri esercenti.¹⁶⁵

Di fatto, tutti i distributori aderirono alla proposta di *Interstate*, modificando in parallelo i propri contratti con i cinema.

Secondo quanto emerso nel corso del giudizio di primo grado

¹⁶³ W.E. KOVACIC, *Antitrust policy and Horizontal collusion in the 21st century*, 9 Loy. Consumer L. Rep. 97, 100 (1997)

¹⁶⁴ *Interstate Circuit Inc. v. United States*, 306 U.S. 208 (1939)

¹⁶⁵ G.J. WERDEN, *Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory*, 71 Antitrust L. J. 719, 738 (2004), osserva che, attraverso la propria strategia, *Interstate Circuit* intendeva eliminare la concorrenza nell'esibizione con l'aiuto dei distributori, compensati da alte tasse per i film.

dinanzi alla *District Court*, gli accordi sospetti erano, dunque, di due tipi: da un lato, una rete di accordi verticali tra ogni esercente e il distributore; dall'altro lato, un accordo orizzontale tra tutti distributori.¹⁶⁶

La Corte Suprema ha incentrato la propria analisi sugli accordi orizzontali, statuendo che «*[w]hile the District Court's finding of an agreement of the distributors among themselves is supported by the evidence, we think that in the circumstances of this case such agreement for the imposition of the restrictions upon subsequent-run exhibitors was not a prerequisite to an unlawful conspiracy. It was enough that, knowing that concerted action was contemplated and invited, the distributors gave their adherence to the scheme and participated in it [grassetto aggiunto].*»¹⁶⁷

Secondo la Corte, infatti, ogni distributore era a conoscenza del fatto che l'invito fosse stato rivolto a tutti gli altri distributori e, dunque, era anche perfettamente consapevole del fatto che per il successo del piano di massimizzazione dei profitti fosse essenziale una adesione congiunta.¹⁶⁸

La Corte prosegue affermando che «*[i]t is elementary that an*

¹⁶⁶ Questo tipo di condotta è solitamente definita “*Hub-and-Spoke conspiracy*” e si caratterizza per la presenza di un'impresa intermediaria che tratta l'accordo individualmente con ognuno dei concorrenti e poi comunica i risultati delle singole trattative con gli altri concorrenti in una serie di conversazioni individuali.

Più di recente, lo stesso schema collusivo è stato condannato nel caso *Toys “R” Us, Inc. v. Federal Trade Commission*, 221 F.3d 928 (7th Circ., 2000). Per un'approfondita analisi del caso da ultimo citato si rinvia ad **ABA SECTION OF ANTITRUST LAW**, *Antitrust Law Developments*, 24, (5th ed. 2002)

¹⁶⁷ *Interstate Circuit*, 306 U.S. 208, 226.

¹⁶⁸ *Ibidem*, 226-227 «*The evidence is persuasive that each distributor early became aware that the others had joined. With that knowledge they renewed the arrangement and carried it into effect for the two successive years.*» G. J. **WERDEN**, (*supra*, nt. 165), 738-739, contesta la statuizione secondo la quale la proposta di Interstate Circuit fosse conveniente per ogni distributore solo nel caso di una accettazione unanime, poiché la Corte non dimostra la divergenza tra interessi collettivi e individuali, sulla quale si fonda tale ragionamento.

unlawful conspiracy may be and often is formed without simultaneous action or agreement on the part of the conspirators. [...]. Acceptance by competitors, without previous agreement, of an invitation to participate in a plan, the necessary consequence of which, if carried out, is restraint of interstate commerce, is sufficient to establish an unlawful conspiracy under the Sherman Act.»¹⁶⁹

In tale occasione la Corte ha, quindi, affermato che ai fini dell'applicazione della *Section 1* è sufficiente che venga dimostrata l'adesione ad un piano o l'accettazione della proposta di tenere congiuntamente un determinato comportamento combinato con la consapevolezza che la cooperazione è essenziale, senza che sia richiesto alcuna prova di comunicazioni dirette ed esplicite. Ciò in quanto, il mero fatto che le imprese avessero adottando dei cambiamenti uniformi determinava una presunzione sufficiente di cospirazione, considerata l'unica e l'inevitabile spiegazione del parallelismo.

Alcuni autori¹⁷⁰ hanno suggerito che gli elementi costitutivi di questo *dictum* sarebbe sufficiente a coprire una tipica situazione di mercato oligopolistico.

Altri studiosi¹⁷¹ hanno rilevato alcune incongruenze nella sentenza

¹⁶⁹ *Ibidem*, 227. Secondo M. HANDLER, (*supra*, nt. 142), 43, fervido sostenitore dell'idea che il parallelismo dei comportamenti non sia riconducibile nell'alveo della *conspiracy*, l'idea che ciò viceversa sia possibile deriverebbe da un fraintendimento del citato passo della sentenza in esame. Secondo l'autore, infatti, ciò che deve essere messo in luce di questo *dictum* è semplicemente il fatto che non occorre che l'azione dei cospiratori venga posta in essere in un unico momento, in quanto i due momenti della manifestazione dell'accordo e dell'adesione allo schema comune possono essere diversi.

¹⁷⁰ Si veda, P. E. AREEDA, H. HOVENKAMP, (*supra*, nt. 20), 191-193

¹⁷¹ Si vedano, E.M. FOX, L.A. SULLIVAN, R.J.R. PERITZ, *Cases And Materials on U.S.*

in esame. Secondo tali autori infatti, mentre nella prima parte la Corte Suprema sembra affermare che una cospirazione può esistere anche in assenza di un accordo, nella seconda parte, conferma il requisito dell'accordo, sebbene dimostrato da evidenze circostanziali.

In realtà, siffatta contraddizione sembra essere solo apparente, posto che l'esistenza dell'accordo è sempre considerata una *condicio sine qua non* per l'applicazione della *Section 1*, sebbene non sia necessario che l'attore dimostri la presenza di un accordo espresso o formale (cui la Corte alludeva nel primo passaggio).

II.3.b. Il caso American Tobacco

Solo sette anni dopo, la Corte Suprema è tornata ad affrontare il tema in esame con la decisione *American Tobacco*¹⁷², che – peraltro – rappresenta l'unico caso in cui è stato affermato che la mera interdipendenza oligopolistica potrebbe giustificare il rinvenimento di una responsabilità.

La fattispecie riguardava le pratiche collusive adottate dalle tre principali società americane produttrici di sigarette, allo scopo di assicurare la fissazione di prezzi elevati nel mercato domestico.

In particolare, dall'esposizione dei fatti dedotti in giudizio emerge come nel verdetto della giuria gli appellanti (le società coinvolte) erano stati

Antitrust in Global Context, (2004), 147

¹⁷² *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781 (1946)

considerati colpevoli di aver violato la *Section 1* e la *Section 2*¹⁷³ dello *Sherman Act* per aver mantenuto – per oltre un ventennio – identici prezzi e adottato simili pratiche scontistiche; nonché per aver posto in essere simultanei aumenti di prezzo, anche in momenti economici cruciali in cui la domanda di sigarette diminuiva drasticamente (come, ad esempio, durante gli anni della depressione economica).

Nonostante, nel caso in esame, il *certiorari* della Corte Suprema fosse stato garantito limitatamente ai requisiti per l'applicazione della *Section 2* dello *Sherman Act*,¹⁷⁴ in un *obiter dictum* è stata effettuata da parte del giudice Burton, estensore della sentenza, una importante ricostruzione circa requisiti della *conspiracy*.

Secondo l'opinione della Corte, ***«[i]t is not the form of the combination or the particular means used but the result to be achieved that the statute condemns. [...] No formal agreement is necessary to constitute an unlawful conspiracy.*** [grassetto aggiunto] *Often crimes are a matter of inference deduced from the acts of the person accused and done in pursuance of a criminal purpose. Where the conspiracy is proved, as here, from the evidence of the action taken in concert by the parties to it, it is all the more convincing proof of an intent to exercise the power of exclusion acquired through that conspiracy. The essential combination or*

¹⁷³ In particolare, nel corso del giudizio di primo grado i titoli in base ai quali le società erano state considerate colpevoli dalla giuria erano quattro: 1) *conspiracy in restraint of trade*; 2) *monopolization*; 3) *attempt to monopolize*; e 4) *conspiracy to monopolize*. La District Court del Kentucky, tuttavia, ritenne che tutti i motivi potevano essere tutti riassunti nel secondo.

¹⁷⁴ La questione che la Corte Suprema ha affrontato era volta a stabilire se l'esclusione dei concorrenti fosse un requisito necessario per l'integrazione del reato di *monopolization* nell'ambito della *Section 2*.

*conspiracy in violation of the Sherman Act may be found in a course of dealing or other circumstances as well as in an exchange of words.»*¹⁷⁵

Tali affermazioni sono volte ad escludere la possibilità di un accoglimento dell'interpretazione secondo la quale ai fini della sanzionabilità è determinante che le imprese abbiano comunicato tra di loro.

La Corte ha precisato che l'individuazione di una *conspiracy* è giustificata quando le prove circostanziali siano tali da “*warrant a jury in finding that the conspirators had a unity of purpose or a common design and understanding, or a meeting of minds in an unlawful arrangement.* [grassetto aggiunto]»¹⁷⁶

In dottrina¹⁷⁷ è stato rilevato come tali statuizioni comportino la sanzionabilità di comportamenti oligopolistici interdipendenti di fissazione dei prezzi, anche laddove manchi qualsiasi forma di comunicazione, ma in cui è centrale “*a meeting of minds.*” Siffatta interpretazione, del resto, sarebbe avallata anche dall'affermazione secondo la quale ciò che lo Statuto condanna è “*the result to be achieved.*”

II.3.c. Il caso Paramount Pictures

Nella sentenza del caso *Paramount Pictures*¹⁷⁸ del 1948, la Corte

¹⁷⁵ *American Tobacco*, 328 U.S. 781, 809-810

¹⁷⁶ *Ibidem*, 810

¹⁷⁷ Si veda, L. KAPLOW, (*supra*, nt. 8), 732-733

¹⁷⁸ *United States v. Paramount Pictures, Inc.*, 334 U.S. 131 (1948)

Suprema ha confermato quanto precedentemente statuito in merito all'*agreement* nel caso *Interstate Circuit*, ribadendo che «*[i]t is not necessary to find an express agreement in order to find a conspiracy. It is enough that a concert of action is contemplated and that the defendants conformed to the arrangement.*»¹⁷⁹

In particolare, nel caso in questione, la District Court¹⁸⁰ aveva individuato l'esistenza di due *conspiracies* di fissazione dei prezzi, una orizzontale tra tutti i convenuti e una verticale tra ogni distributori e i propri licenziatari. Mentre la seconda era basata su accordi espressi ed era, dunque, pienamente dimostrata, la prima era stata dedotta da un'organizzazione di fissazione di prezzi.

Il mercato era verticalmente integrato, creando un oligopolio *de facto*.

La prova considerata sufficiente a dimostrare che un'azione concertata fosse stata ideata e messa in atto dalle imprese coinvolte era costituita dalla circostanza che i distributori non integrati e le cinque compagnie integrate verticalmente indicavano lo stesso prezzo minimo nelle licenze, usavano la stessa autorizzazione tra le prime visioni e le proiezioni successive, applicavano la stessa pratica cosiddetta “*block-booking*”, e imponevano sostanzialmente termini identici con riferimento a una varietà complessa di questioni.

¹⁷⁹ *Ibidem*, 142

¹⁸⁰ *United States v. Paramount Pictures, Inc., et al.*, 66 F. Supp. 323 (S.D.N.Y. 1946)

II.3.d. *Il caso Theatre Enterprises*

La Corte Suprema è tornata nuovamente ad occuparsi del tema della *conspiracy* nel settore della distribuzione cinematografica con il caso *Theatre Enterprises*.¹⁸¹

In tale caso, diversamente che negli altri casi avviati ad opera della *Antitrust Division* del *Department of Justice*, l'attore era un soggetto privato, proprietario di una sala cinematografica nella periferia di Baltimora, che aveva agito in giudizio per chiedere il risarcimento nella misura dei *treble damages* e una ingiunzione contro alcuni produttori e distributori di film.

Secondo la prospettazione attorea, era in atto una *conspiracy*, che si concretizzava nell'adozione di un comportamento parallelo da parte di tutti i distributori, volta a limitare le prime visioni nei cinema situati in centro città e a far proiettare nelle sale periferiche solo le repliche.

Nel decidere il caso, la Corte Suprema realizza una decisa inversione di rotta rispetto alle precedenti decisioni in materia, ribaltando il *dictum* “*conspiracy without agreement*” sancito nel caso *Interstate Circuit*: dopo *Theatre Enterprises*, infatti, non è stato più possibile dedurre l'esistenza di una *conspiracy* dal mero parallelismo dei comportamenti.

Secondo l'opinione – considerata ancora oggi come valido punto di riferimento - del giudice Clark, infatti, «*[t]he crucial question is whether respondents' conduct toward petitioner stemmed from independent decision or from an agreement, tacit or express. To be sure, business behavior is*

¹⁸¹ *Theatre Enterprises*, 346 U.S. 537

admissible circumstantial evidence from which the fact finder may infer agreement. [...] But this Court has never held that proof of parallel business behavior conclusively establishes agreement or, phrased differently, that such behavior itself constitutes a Sherman Act offense. Circumstantial evidence of consciously parallel behavior may have made heavy inroads into the traditional judicial attitude toward conspiracy; but "conscious parallelism" has not yet read conspiracy out of the Sherman Act entirely. [grassetto aggiunto]»¹⁸²

Nel caso in esame erano state, inoltre, fornite da parte dei convenuti considerevoli evidenze probatorie¹⁸³ che mostravano come – in realtà – le azioni intraprese dai distributori fossero indipendenti e razionali e non frutto di un'azione comune.¹⁸⁴

La sentenza *Theatre Enterprises* segna un punto di non ritorno, sancendo in modo categorico la non applicabilità dello *Sherman Act* alle ipotesi di mero parallelismo o interdipendenza oligopolistica.¹⁸⁵

¹⁸² *Ibidem*, 540-541

¹⁸³ *Ibidem*, 539-542. «Here each of the respondents had denied the existence of any collaboration and in addition had introduced evidence of the local conditions surrounding the Crest operation which, they contended, precluded it from being a successful first-run house. They also attacked the good faith of the guaranteed offers of the petitioner for first-run pictures and attributed uniform action to individual business judgment motivated by the desire for maximum revenue.» (541-542)

¹⁸⁴ Si veda, G.A. HAY, *Oligopoly*, (*supra*, nt. 8), 461; similmente P.E. AREEDA, H. HOVENKAMP, (*supra*, nt. 20), 191

¹⁸⁵ Ed invero, nei casi successivi, tanto la Corte Suprema quanto le Corti inferiori hanno aderito ai principi affermati da *Theatre Enterprises*. Si vedano a titolo esemplificativo rispettivamente, *United States v. Container Corp. of America et al.*, 393 U.S. 333 (1969), nella quale è affermato che «concerted action is of course sufficient to establish the combination or conspiracy, the initial ingredient of a violation of § 1 of the Sherman Act» (335); *Naumkeag Theatres Co. v. New England Theatres, Inc.*, 345 F.2d 910 (1st Circ., 1965) cert. Denied, 382 U.S. 906 (1965); *FTC v. Lukens Steel Co.*, 454 F. Supp. 1182 (D.D.C. 1978). In quest'ultima sentenza, in particolare, si legge che «*Clearly, parallel pricing alone is*

Essa è stata innovativa anche da un punto di vista probatorio, avendo ampliato gli strumenti utilizzabili per individuare accordi.¹⁸⁶

Specificamente, la Corte Suprema giunge alle seguenti conclusioni: la pratica concertata non richiede uno scambio diretto di garanzie; le Corti possono dedurre l'esistenza di accordi da evidenze circostanziali, che suggeriscono che le condotte contestate verosimilmente derivano da un coordinamento, piuttosto che da condotte individuali; e, infine, che il parallelismo consapevole isolatamente considerato non viola la *Section 1*.¹⁸⁷

In dottrina è stato, inoltre, rilevato come uno degli aspetti più interessanti di questa sentenza, che – peraltro - ha influenzato in maniera significativa il dibattito successivo sul tema, sia costituito dall'implicita equivalenza tra *conscious parallelism* e interdipendenza oligopolistica con la quale si è inteso sottolineare il ruolo della struttura del mercato come una possibile causa o come un fattore facilitante la collusione.¹⁸⁸

II.4. La dottrina giuridica tradizionale

In merito al tema dell'applicabilità della *Section 1* al parallelismo di comportamenti in mercati oligopolistici si è registrato un vivace e ancora

insufficient to establish an antitrust violation [grassetto aggiunto]. *In fact, price identity may be the expected and normal result when the product is identical or fungible, even though there is no agreement and the costs for the participating companies are not the same*» (1190).

¹⁸⁶ Secondo R.J.R. PERITZ, (*supra*, nt. 41), 201, la teoria sottostante alla decisione *Theatre Enterprises* era ancora l'idea del *common law* della *conspiracy* e della *freedom of contract*

¹⁸⁷ Si veda, W.E. KOVACIC, (*supra*, nt. 163), 100

¹⁸⁸ Si veda, M. FILIPPELLI, (*supra*, nt. 21), 149

attuale dibattito in dottrina.

Dibattito del quale un esempio particolarmente significativo è offerto, nel corso degli anni Sessanta, dalla nota diatriba tra Donald Turner¹⁸⁹ e Richard Posner,¹⁹⁰ eminenti esponenti l'uno della scuola strutturale di Harvard¹⁹¹ e l'altro della scuola di pensiero di Chicago,¹⁹² «*incredibilmente attestati su posizioni rovesciate rispetto ai loro rispettivi orientamenti di politica della concorrenza.*»¹⁹³

II.4.a. La posizione di Turner

Durante gli anni Cinquanta e Sessanta, quando la scuola strutturale di analisi *antitrust* era dominante,¹⁹⁴ si pensava comunemente che gli oligopoli avrebbero portato naturalmente ad un innalzamento dei prezzi sopra i livelli concorrenziali attraverso accordi di fissazione di prezzi ovvero semplicemente attraverso il riconoscimento della loro interdipendenza.¹⁹⁵

La scuola di Harvard, che – come abbiamo detto nel Capitolo

¹⁸⁹ Si veda, D.F. TURNER, (*supra*, nt. 8)

¹⁹⁰ Si veda, R.A. POSNER, *Oligopoly and the Antitrust Laws* (*supra*, nt. 8)

¹⁹¹ Per una più approfondita analisi del pensiero della scuola di Harvard si rinvia al paragrafo I.8. del presente lavoro.

¹⁹² Per una più approfondita analisi del pensiero della scuola di Chicago si rinvia al paragrafo I.9. del presente lavoro.

¹⁹³ Si veda, M. GIORDANO, *Abuso di posizione dominante collettiva e parallelismo oligopolistico: la Corte di giustizia tenta la quadratura del cerchio?*, in Foro it., 2001, IV, c. 268

¹⁹⁴ Sul pensiero della scuola di Harvard si rinvia al paragrafo II.X. del presente lavoro

¹⁹⁵ Si veda, J.B. BAKER, *Two Sherman Act Section 1 Dilemmas*, (*supra*, nt. 8), 145

precedente - fonda le proprie radici teoriche sulla teoria dell'interdipendenza elaborata da Edward Chamberlin, sosteneva, infatti, che i prezzi oligopolistici possono essere raggiunti, senza comunicazioni o accordi, semplicemente attraverso un calcolo razionale e indipendente che ogni impresa compie in relazione agli stimoli economici provenienti dal mercato, tenendo in considerazione le probabili reazioni dei concorrenti.

La collusione tacita, in quanto conseguenza del normale operare del mercato, era, dunque, considerata praticamente inevitabile negli oligopoli.

Anche la Corte Suprema nel caso *Theatre Enterprises*, del resto, aveva riconosciuto che il parallelismo oligopolistico può derivare sia da comportamenti indipendenti sia da collusione e che, di conseguenza, allineamenti, isolatamente considerati, non sono sufficienti a provare una violazione della *Section 1*.

Ed invero, tale sentenza è stata accolta con grande favore dai primi commentatori strutturalisti,¹⁹⁶ i quali hanno subito sottolineato come finalmente la Corte Suprema avesse posto un freno alla prassi di far rientrare nella *Section 1* il mero parallelismo di comportamenti.¹⁹⁷

Nel famoso saggio *The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusal to Deal* del 1962 Turner prende le mosse proprio dalla decisione del caso *Theatre Enterprises*¹⁹⁸ e dalla definizione di “*agreement*”¹⁹⁹ al fine di verificare se il dettato della *Section 1* sia talmente ampio da includere al suo interno anche il parallelismo

¹⁹⁶ Si veda, C. KAYSEN, D.F. TURNER, (*supra*, nt. 16), 108-109

¹⁹⁷ Si veda, S. STROUX, *US and EC Oligopoly Control*, (*supra*, nt. 15), 46

¹⁹⁸ Si veda, D.F. TURNER, (*supra*, nt. 8) 657

¹⁹⁹ *Ibidem*, 663

consapevole e il rifiuto a contrarre.

In particolare, evidenzia l'Autore, il caso che ha destato maggiori problemi interpretativi è quello in cui le decisioni dei concorrenti sono interdipendenti. Esempio è, a tal riguardo, il caso *American Tobacco*.²⁰⁰

Turner rileva che qualsiasi economista degno di questo nome avrebbe immediatamente considerato i comportamenti delle imprese coinvolte (l'aumento dei prezzi in un momento di depressione generale) come anticompetitivi; ma, nello stesso tempo, nessun economista altrettanto degno di questo nome avrebbe dedotto da tale semplice fatto l'esistenza di un accordo tra le società.

Secondo l'Autore, infatti, la teoria economica ha spiegato bene come questo tipo di risultati possono essere facilmente ottenuti in oligopolio senza accordi o comunicazioni tra le imprese e, del resto, «*[i]t may well be that in reality a stable and firm pattern of non-competitive prices is rarely achieved without some kind of agreement.*»²⁰¹

Tuttavia, sempre secondo Turner, non può essere affatto condivisa la conclusione secondo cui «*since each seller is fully aware of the interdependence and the consequences of his taking advantage of it, it is not at all preposterous, to say the least, to classify, what transpires as a "tacit agreement," and to conclude, since "price fixing" is involved, that the agreement is unlawful.*»²⁰²

L'Autore, dunque, esclude che il parallelismo consapevole interdipendente possa ragionevolmente costituire “*agreement*” o, in ogni

²⁰⁰ *Ibidem*, 660

²⁰¹ *Ibidem*, 662

²⁰² *Ibidem*, 663

caso, pur accettando di chiamarlo “*agreement*,” possa costituire una “conspirazione illecita.”²⁰³

Perché un parallelismo oligopolistico possa essere sanzionato è necessario che vi sia un “*meeting of minds*,”²⁰⁴ o, per usare una espressione di Kaysen, un “*agreement to agree*.”²⁰⁵

Secondo Turner, gli oligopolisti si comportano esattamente come imprese in un mercato atomistico. In entrambi i casi, infatti, l'obiettivo è la massimizzazione del proprio profitto. Solo che – a differenza che in concorrenza perfetta, in cui l'impresa è generalmente un agente economico *price takers* – in oligopolio, in ragione dell'interdipendenza, le imprese tengono in considerazione i comportamenti adottati degli altri rivali, adattandovisi.²⁰⁶

Il parallelismo, dunque, altro non è che un fattore esogeno conseguenza immediata e diretta della stessa struttura di mercato, non controllabile dalle imprese, che anzi sarebbero costrette a subirlo.

Secondo Turner, non può che giungersi a tale conclusione laddove, altresì, si consideri che non vi è alcun rimedio effettivo tra quelli approntati dalla *Section 1* dello *Sherman Act* contro la mera interdipendenza oligopolistica.²⁰⁷ In particolare, egli rileva come sia economicamente insostenibile il rimedio dell'ingiunzione che dovrebbe portare gli operatori

²⁰³ *Ibidem*

²⁰⁴ *Ibidem*, 664

²⁰⁵ Si veda, C. KAYSEN, *Collusion Under the Sherman Act*, 65 *Quarterly Journal of Economics* 268 (1951), citato da S. STROUX, *US and EC Oligopoly Control*, (*supra*, nt. 15), 39

²⁰⁶ Si veda, D.F. TURNER, (*supra*, nt. 8), 666

²⁰⁷ *Ibidem*, 669 e 670

economici a ignorare i comportamenti dei concorrenti e i giudici a comportarsi come regolatori.

L'unico rimedio ammissibile è un'arma cara alla scuola strutturalista: l'adozione di misure volte a deconcentrare il mercato, con tutti i problemi e le incertezze, che, però, sono connesse a simili interventi.²⁰⁸

Riprendendo questo ragionamento nel caso in cui le imprese parallelamente adottino condotte escludenti, Turner arriva a diverse conclusioni: mentre, infatti, la formazione dei prezzi in oligopolio non è sufficiente per stabilire che vi è stata *conspiracy*, poiché riflette la struttura di mercato, il parallelismo escludente, al contrario, implica collusione tra le imprese. Ed invero, comportamenti che tendono a escludere i rivali dal mercato, a impedire la loro entrata, o a rafforzare il potere monopolistico, non essendo determinati dalla struttura del mercato, possono pacificamente essere considerati come il frutto di precedenti accordi tra concorrenti.²⁰⁹

Secondo Turner e la scuola di Harvard, pertanto, gli unici rimedi possibili per porre un argine alle distorsioni esistenti nei mercati oligopolistici erano i rimedi strutturali, attraverso il controllo *ex ante* delle concentrazioni e, in ipotesi estreme, la disgregazione *ex post* delle grandi imprese.

²⁰⁸ In dottrina si veda, M. **GIORDANO**, (*supra*, nt. 193), c. 268

²⁰⁹ SI veda, D.F. **TURNER**, (*supra*, nt. 8), 673-681

II.4.b. La soluzione suggerita dal giudice Posner

Il giudice Posner, muovendo proprio dal riconoscimento dell'insufficienza dell'approccio strutturalista e ponendo alla base della propria analisi un impianto concettuale articolato sugli effetti delle condotte anticoncorrenziali, in uno dei suoi principali scritti²¹⁰ ha suggerito di risolvere il problema del parallelismo oligopolistico attraverso il ricorso alla teoria dei cartelli.

Secondo Posner, infatti, la *Section 1* dello *Sherman Act* «*is an appropriate weapon to use against noncompetitive pricing in oligopolistic industries.*»²¹¹

È, del resto, lo stesso Autore a sottolineare come tale tesi sia poco popolare a causa dell'interpretazione erronea della sentenza *Theatre Enterprises*²¹² e, in parte, a causa dell'articolo di Turner.

In particolare, Posner avvia la propria riflessione muovendo da una critica alla teoria dell'interdipendenza oligopolistica sulla quale è basata l'argomentazione di Turner e alla distinzione tra collusione tacita ed esplicita.

Secondo Posner, infatti, un cartello esplicito di fissazione dei prezzi e il parallelismo oligopolistico hanno la stessa natura e poggiano sullo

²¹⁰ Si vedano, R.A. POSNER, *Oligopoly and the Antitrust Laws*, (*supra*, nt. 8). In merito al problema dell'oligopolio si veda, altresì, ID., *Antitrust Law*, (*supra*, nt. 108), 51 ss.

²¹¹ Si veda, R.A. POSNER, *Oligopoly and the Antitrust Laws*, (*supra*, nt. 8), 1563

²¹² Secondo Posner, infatti, in tale caso vi erano sufficienti prove a dimostrazione del fatto che le condotte delle imprese derivavano da scelte perfettamente indipendenti e razionali. *Ibidem*, 1584

stesso meccanismo.²¹³ anche in un mercato oligopolistico, le imprese, pur senza comunicare, devono agire volontariamente perché sia possibile tradurre la loro mutua dipendenza in una situazione di prezzi sovracompetitivi.

Dietro tale affermazione è possibile intravedere il pensiero economico di Stigler,²¹⁴ secondo il quale, considerate le inarrestabili forze centrifughe che portano le imprese a defezionare dai cartelli, è molto improbabile che qualcosa di meno stabile, come il parallelismo oligopolistico, possa avere successo a meno che non sia sorretto da una condotta volontaria e pienamente consapevole delle imprese.²¹⁵

Partendo da tale presupposto, Posner rileva che l'attrattiva e la praticabilità di uno schema di fissazione dei prezzi in un dato mercato sono limitate dai costi di coordinamento e dai costi di *enforcement* volti a prevenire o punire defezioni, che le imprese parti dell'accordo devono sostenere.²¹⁶

È proprio se si considera tale aspetto che la rilevanza dell'oligopolio emerge in tutta la sua chiarezza: se, infatti, in un mercato con molti venditori, i costi della collusione sono proibitivi, tanto minore è il numero delle imprese coinvolte, tanto più conveniente è la collusione.

L'oligopolio diviene, dunque, una condizione necessaria per la collusione.²¹⁷

²¹³ *Ibidem*, 1563-1570

²¹⁴ Si veda per una più approfondita analisi del pensiero di Stigler il paragrafo I.9. del presente lavoro.

²¹⁵ Si veda, M. GIORDANO, (*supra*, nt. 193), c. 268

²¹⁶ Si veda, R.A. POSNER, *Oligopoly and the Antitrust Laws*, (*supra*, nt. 8), 1571

²¹⁷ *Ibidem*, 1570-1574. Secondo l'Autore, «[i]n enumerating the problems of

Secondo l'Autore, sia in caso di collusione esplicita, sia in caso di collusione tacita, le imprese intenzionalmente agiscono seguendo lo stesso meccanismo operativo che riflette lo schema negoziale della proposta e dell'accettazione, soltanto che nella seconda ipotesi lo schema è attuato attraverso comportamenti concludenti piuttosto che mediante un accordo espresso.²¹⁸

Tale approccio, del resto, è perfettamente in linea con lo scopo della *Section 1* dello Statuto, che «*is addressed to concerted activity because the evil against which the framers were legislating was the banding together of rivals, as in cartels or trusts, to extract monopoly profits by agreeing to end competition and charge the joint maximizing price. Tacit collusion by oligopolists has the same character. It is a concert of firms for the purpose of charging monopoly prices and extracting monopoly profits.*»²¹⁹

Secondo Posner, dunque, il vero grande problema sottostante all'applicazione della *Section 1* dello *Sherman Act* alla collusione tacita è quello della prova.²²⁰

A tal proposito, egli richiama diversi esempi di prova che potrebbero supportare l'esistenza di una collusione tacita, come la sistematica

coordination and enforcement that oligopolists bent on charging supracompetitive prices must overcome, I do not mean to imply that they are never solved, although few price-fixing conspiracies have come to light in which cheating was not rife and the benefits to the conspirators were enduring. What the discussion does imply is, first, that oligopolists cannot be presumed always or often to charge supracompetitive prices. Like atomistic sellers they must (with an exception shortly to be noted) collude in one fashion or another and the costs of collusion will frequently exceed the returns. Second, it seems improbable that prices could long be maintained above cost in a market, even a highly oligopolistic one, without some explicit acts of communication and implementation.» (1573-1574)

²¹⁸ *Ibidem*, 1576

²¹⁹ *Ibidem*, 1578

²²⁰ *Ibidem*

discriminazione di prezzo, l'eccesso di capacità rispetto alla domanda, la presenza di quote di mercato stabili, l'identità di offerte per prodotti non standardizzati, l'esistenza di una pratica di annunci di prezzo pubblici, di profitti molto elevati e di *price leadership*.²²¹

In presenza di tali prove, è possibile per le Autorità preposte alla tutela della concorrenza e per le Corti, perfettamente a conoscenza dei costi e dei profitti delle imprese coinvolte, desumere una presunzione semplice di collusione.

Nell'approccio di Posner, dunque, le prove economiche assumono un'importanza centrale; le autorità *Antitrust* e le Corti devono porre la massima attenzione nel dedurre dalle prove fornite l'esistenza di una *conspiracy* in assenza di accordo; e, infine, vi è un gravoso onere della prova a carico dell'Autorità governativa, volto a prevenire errori nell'interpretazione delle evidenze probatorie.

L'approccio economico è, infatti, articolato in due fasi: la prima, involge l'individuazione di quei mercati nei quali le condizioni di mercato sono propizie all'emersione della collusione; la seconda, comporta la verifica circa l'effettiva presenza di collusione in alcuno di questi mercati.

Come notato in dottrina,²²² è evidente, comunque, come l'intera proposta di Posner sia basata sulla premessa della perfetta conoscenza e perfetta misurazione dei dati di mercato, che, tuttavia, è difficile da riscontrare nella maggior parte dei casi reali di investigazione *antitrust*.

Infine, Posner a differenza di Turner, crede che sia possibile ricorrere

²²¹ *Ibidem*, 1578-1583. Si veda, altresì, R.A. POSNER, *Antitrust Law*, (*supra*, nt. 108), 79 ss

²²² M. FILIPPELLI, (*supra*, nt. 21), 153

ai rimedi comportamentali in caso di prezzi oligopolistici. Ed invero, una volta che la collusione è dimostrata, i giudici possono imporre sanzioni rimediale, ma soprattutto sanzioni punitive e, nei casi estremi - ovvero quando le sanzioni non producono un idoneo effetto deterrente - anche lo smembramento dell'impresa.

II.4.c. L'approccio mediano di Markovits

Il dibattito tra Turner e Posner ha contribuito notevolmente a mantenere vivo l'interesse per l'oligopolio sia nella dottrina giuridica che in quella economica.

Accanto a questi due Autori, un terzo studioso è degno di menzione, Richard S. Markovits che, con una serie di quattro articoli pubblicati nel triennio tra il 1973 e il 1976, ha proposto un nuovo approccio per affrontare il problema dell'oligopolio.²²³

In particolare, secondo Markovits, sebbene Turner e Posner si trovino in disaccordo circa la conformità alla legge delle pratiche di prezzo oligopolistico, i costi per identificarle e la desiderabilità di punirle nel corso di un processo, nelle rispettive analisi, in realtà, sembrano condividere

²²³ R.S. MARKOVITS, *Oligopolistic Pricing Suits, the Sherman Act and the Economic Welfare – Part I: Oligopolistic Price and Oligopolistic Pricing: Their Conventional and Operational Definition*, 26 Stan. L. Rev. 493 (1974); *Part II: Injurious Oligopolistic Pricing Sequences: Their Description, Interpretation, and Legality Under the Sherman Act*, 26 Stan. L. Rev. 717 (1974); *Part III: Proving (Illegal) Oligopolistic Pricing: A Description of the Necessary Evidence and a Critique of the Received Wisdom About Its Character and Cost*, 27 Stan L. Rev. 307 (1975); *Part IV: The Allocative Efficiency and Overall Desirability of Oligopolistic Pricing Suits*, 28 Stan. L. Rev. 45 (1976).

quattro punti essenziali.

In primo luogo, entrambi assimilano i prezzi non-oligopolistici con i prezzi non-competitivi, assumendo che ogni prezzo al di sopra del costo marginale sia oligopolistico. In secondo luogo, entrambi assimilano i prezzi oligopolistici con il parallelismo consapevole. In terzo luogo, entrambi sembrano credere che la non conformità alla legge della formazione dei prezzi oligopolistici dipenda dal fatto che diano o meno luogo ad un *agreement in restraint of trade*, ovvero dal fatto che violi o meno la *Section 1* dello *Sherman Act*. Infine, considerata l'assenza di indicazioni al riguardo, Markovits assume che sia uguale anche il rapporto tra aumento dei prezzi e riduzione della produzione delle imprese coinvolte nella pratica, ovvero che aumenterà quello che l'Autore definisce “*variable-input misallocation*.”²²⁴

Markovits si pone in disaccordo con tutt'e quattro le appena descritte assunzioni convenzionali che, secondo lui, condividono Turner e Porner e con le opposte conclusioni cui giungono gli stessi due Autori.²²⁵

Nei propri scritti, dopo aver distinto e descritto il significato da attribuire alle locuzioni “*oligopolistic price*”²²⁶ e “*oligopolistic pricing*,”²²⁷

²²⁴ Si veda, R.S. MARKOVITS, *Oligopolistic Pricing Suits, the Sherman Act and the Economic Welfare – Part I*, (*supra*, nt. 223), 494-495

²²⁵ *Ibidem*, 496

²²⁶ Secondo l'Autore, un prezzo è oligopolistico o se supera quello che un venditore che massimizza avrebbe applicato in condizioni di perfetta informazione e a meno che non facesse affidamento sulla possibilità che il comportamento dei propri rivali sia condizionato dalle loro aspettative sulla sua reazione alle loro decisioni; oppure se è applicato in risposta ad un prezzo formato secondo la precedente procedura ed eccede il prezzo che il venditore in questione avrebbe applicato in condizione di perfetta informazione e a meno che non fosse stato di fatto scoraggiato dall'applicare tale prezzo più basso dalle aspettative sulle reazioni dei rivali a tale mossa. Se il prezzo corrisponde alla prima ipotesi, viene definito come “*primary oligopolistic price (POP)*”; se, di contro, corrisponde alla seconda ipotesi, è definito “*secondary oligopolistic price (SOP)*”.

egli contesta l'identità tra prezzi non-competitivi e prezzi collusivi, sottolineando come i prezzi a un livello sovra-competitivo non necessariamente derivano da una collusione, ma possono rappresentare il risultato di vantaggi competitivi, come avviene, ad esempio, nel caso del monopolio legale²²⁸ o nei casi di differenziazione dei prodotti e di sforzi di promozione.²²⁹

Secondo Markovits, inoltre, quando si parla di *oligopolistic pricing* bisognerebbe fare un'ulteriore distinzione tra “*natural oligopolistic pricing*” e “*contrived oligopolistic pricing*”, perché soltanto la seconda procedura viola lo Sherman Act.²³⁰ Tale distinzione attiene ai diversi tipi di risposte che potrebbero scoraggiare un venditore dall'abbassare il prezzo oligopolistico.

In particolare, secondo l'Autore, il *natural oligopolistic pricing* discende dall'adattamento individuale alle condizioni di mercato, nella mutua consapevolezza che tutti i venditori nel mercato starebbero meglio se i loro prezzi fossero alti e la concorrenza attenuata; mentre, si ha *contrived oligopolistic pricing* allorquando ogni impresa cerca di influenzare le aspettative dei rivali segnalando loro la possibile attuazione di

²²⁷ Con tale locuzione ci si riferisce, secondo Markovits, alla procedura attraverso la quale un venditore, nell'assumere le proprie decisioni di prezzo, o si basa sulla possibilità che i suoi rivali siano condizionati dalle aspettative sulle sue reazioni alle loro decisioni; o è, di fatto, scoraggiato dall'applicare un prezzo più basso in risposta ad un “*primary oligopolistic price*”.

²²⁸ Si veda, R.S. MARKOVITS, *Oligopolistic Pricing Suits, the Sherman Act and the Economic Welfare – Part I*, (*supra*, nt. 223), 494

²²⁹ Secondo l'Autore, questi sforzi non dovrebbero essere scoraggiati in quanto conferiscono al consumatore dei benefici nella forma di una più ampia scelta merciologica.

²³⁰ Si veda, R.S. MARKOVITS, *Oligopolistic Pricing Suits, the Sherman Act and the Economic Welfare – Part II*, (*supra*, nt. 223), 721

comportamenti punitivi per chi non si allinea (ad esempio il ricorso a tattiche di prezzi predatori o altre forme di condotte escludenti) o di comportamenti premiali per chi invece si allinea.²³¹

Secondo Markovits, tali segnali, una volta accettati dalle altre imprese, costituiscono un accordo di fatto, sanzionabile nell'ambito della *Section 1*.²³² Diversamente, la formazione naturale di prezzi oligopolistici, non comportando né l'esistenza di accordi né di minacce, non può essere considerata illecita, sebbene ciò sia auspicabile.²³³

Secondo la dottrina,²³⁴ mentre la nozione di *natural oligopolistic pricing* sembra riconducibile alle statuizioni di Turner sul “*conscious parallelism*” o sulla “*oligopolistic interdependence*,” tuttavia, le osservazioni circa la desiderabilità od opportunità di una punizione rendono il punto di vista di Markovits più vicino all'opinione di Posner, dal quale però si discosta sensibilmente in merito all'applicazione della *Section 1*.

Secondo Markovits, infatti, lo *Sherman Act* deve applicarsi solamente agli *agreement* o *contract* tra imprese, secondo il significato che questi termini assumono nel *common law* o nell'*Uniform Commercial Code*.²³⁵ In tal senso, dunque, egli si discosta sensibilmente dal pensiero di Posner, che non distinguendo le diverse nozioni di *oligopolistic pricing*,

²³¹ *Ibidem*, 722; ma anche R.S. MARKOVITS, *A Response to Professor Posner*, 28 Stan. L. Rev. 919, 923 (1976)

²³² *Si veda*, R.S. MARKOVITS, *Oligopolistic Pricing Suits, the Sherman Act and the Economic Welfare – Part II*, (*supra*, nt. 223), 740-744

²³³ *Ibidem*, 738; R.S. MARKOVITS, *A Response to Professor Posner*, (*supra*, nt. 231), 933-934

²³⁴ M. FILIPPELLI, (*supra*, nt. 21), nota 35, 154

²³⁵ *Si veda*, R.S. MARKOVITS, *Oligopolistic Pricing Suits, the Sherman Act and the Economic Welfare – Part II*, (*supra*, nt. 223), 738

ritiene sufficiente l'esistenza di un parallelismo di comportamenti consapevole.

Markovits, infine, critica il metodo di analisi elaborato da Posner, considerato eccessivamente complicato e probabilmente impraticabile²³⁶ e individua come alternativa due *test* complementari per stabilire se la formazione di un prezzo in oligopolio è abusiva. Il primo involge la comparazione dei prezzi praticati dalle imprese nel mercato indagato con i prezzi praticati in mercati di prodotti correlati; mentre, il secondo implica un esame dei comportamenti delle imprese nel mercato rilevante per stabilire se esistono meccanismi ritorsivi da parte di alcuni oligopolisti nei confronti degli altri per obbligarli a conformarsi al prezzo collusivo. Se quest'ultima indagine rivela prove di una riuscita rappresaglia, Markovits conclude che esiste un *contrived oligopolistic pricing* sanzionabile.

Il professor Posner, in un saggio di risposta alle affermazioni di Markovits.²³⁷ nota come Markovits, non soltanto, ha individuato un test probatorio che è di difficile (se non impossibile) determinazione,²³⁸ ma anche che né lo Statuto né la giurisprudenza supportano un'interpretazione

²³⁶ Si veda, R.S. MARKOVITS, *Oligopolistic Pricing Suits, the Sherman Act and the Economic Welfare – Part III*, (supra, nt. 223), 309-314. Secondo l'Autore, «*this Article argues that Posner's shortcut methods (i) usually will not enable one to establish whether oligopolistic prices have been charged, (ii) will not reduce the cost of determining whether a particular price is oligopolistic even when they will establish its oligopolistic character, and (iii) will never enable one either to determine whether any particular oligopolistic price manifests someone's mistake rather than the practice of oligopolistic pricing or to distinguish natural (legal) oligopolistic pricing from illegal varieties of this practice.*»

²³⁷ Si veda, R.A. POSNER, *Oligopolistic pricing suits, the Sherman Act and Economic Welfare – A reply to Professor Markovits*, 28 Stan. L. Rev. 903 (1976)

²³⁸ *Ibidem*, 913

talmente restrittiva.²³⁹

Markovits – viceversa – in un successivo articolo di risposta,²⁴⁰ ha ribadito ancora una volta le proprie posizioni.²⁴¹

²³⁹ *Ibidem*, 914. Posner prosegue affermando che «*Turner himself has acknowledged that the issue with regard to the lawfulness of tacit collusion under section 1 is not whether it can be described as an agreement but whether it should be treated as an unlawful agreement, a matter of antitrust policy. I am astonished that Markovits should treat the problem as one of contract law rather than of antitrust policy. [...] Markovits does not even suggest that "contrived" oligopoly pricing is a common phenomenon. [...] I am surprised that he should have devoted so many words to trying to demonstrate the illegality of a practice which, for aught that he has shown, does not exist in the real world.*»

²⁴⁰ Si veda, R.S. MARKOVITS, *A Response to Professor Posner*, (surpa, nt. 231)

²⁴¹ *Ibidem*, 935. Secondo Markovits, «*[i]n short, Professor Posner's legal analysis is distorted by his confusion of tacit collusion and natural oligopolistic pricing and his related failure to realize that one can require an agreement of the usual sort for a section one violation without requiring a specific verbal communication. Although neither of us has engaged in a detailed analysis of the relevant precedents, I do not understand how Professor Posner can claim that there is "no basis" in statute or precedent for my position.*»

Sezione Prima

Il problema della prova

II.5. Il problema della prova

Le decisioni della Corte Suprema sulla possibile inferenza di una *conspiracy* dai comportamenti paralleli e il dibattito in dottrina che ne è derivato hanno messo in luce l'esistenza di diverse soluzioni al problema dell'oligopolio, che divergono a seconda dalle premesse teoriche utilizzate e dagli obiettivi di *policy* posti alla base del controllo *antitrust*.

Il descritto dibattito teorico ha – a sua volta - prodotto notevoli effetti sulla giurisprudenza successiva, che, in conformità all'insegnamento di Posner, ha continuato a valutare la collusione tacita nell'ambito della *Section 1*, rifiutando, però, al contempo, di dedurre l'esistenza della *conspiracy* dal mero parallelismo oligopolistico a causa dell'ambiguità delle prove economiche.²⁴²

Giacché il parallelismo oligopolistico non è direttamente aggredibile, perché lecito, l'oggetto di indagine si sposta sul tipo e sul *quantum* di prova che deve essere prodotto da chi agisce in giudizio sostenendo l'esistenza di un coordinamento tra gli oligopolisti.

Certamente l'esistenza di una concertazione tra le imprese può essere

²⁴² Si vedano, J.E. LOPATKA, W.H. PAGE, *Economic Authority and the Limits of Expertise in Antitrust Case*, 90 Cornell L. Rev. 617, 677-678 (2005); M.M. BUNDA, *Monsanto, Matsushita, and "Conscious Parallelism": Towards a Judicial Resolution of the "Oligopoly Problem"*, 84 Wash. U. L. Rev. 179, 181 (2006).

dimostrata mediante l'allegazione di evidenze dirette, quali, ad esempio, le prove documentali, le prove di incontri, le intercettazioni telefoniche, lo scambio di *emails*, e in generale, qualunque tipo di comunicazione per mezzo del quale i rivali scambiano informazioni sensibili su prezzi e quantità, nonché l'adesione ai *leniency programs*.²⁴³

Tuttavia, nei casi di cospirazione in mercati oligopolistici, che generalmente si caratterizzano per l'assenza di siffatti riscontri diretti, si ricorre alle prove indirette o circostanziali, economiche e non.

In primo luogo, rientrano nel novero delle prove circostanziali il parallelismo dei comportamenti e la consapevolezza circa l'adozione del comportamento parallelo da parte delle imprese.

Questi due elementi sono, tuttavia, necessari, ma non sufficienti perché le imprese coinvolte possano essere sanzionate. È, infatti, parimenti necessario che vengano fornite ulteriori evidenze della collusione, i cosiddetti “*plus factors*”²⁴⁴ o “*pratiche facilitanti*.”²⁴⁵

²⁴³ La *Antitrust Division* del *US Department of Justice*, ha introdotto il programma di clemenza come strumento per la lotta ai cartelli di fissazione dei prezzi nel 1978. L'originaria disciplina è stata poi sostanzialmente modificata nel 1993 con l'emanazione di un *Corporate Leniency Policy* e nel 1994 con il *Leniency Policy for Individuals*. Attraverso questi programmi di clemenza, una società o un singolo individuo possono evitare condanne penali, multe e la reclusione, qualora confessino per primi la partecipazione ad una violazione del diritto antitrust

²⁴⁴ Per una più approfondita analisi si rinvia al successivo paragrafo II.4.a. del presente Capitolo.

²⁴⁵ Per una più approfondita analisi si rinvia al successivo paragrafo II.6.b. del presente Capitolo.

II.6. La dottrina del “parallelism plus”

A partire dalla metà degli anni Settanta e, specialmente, nei primi anni Ottanta, alcuni autori hanno suggerito nuovi approcci al parallelismo consapevole.

Degno di nota è stato, in particolare, il contributo di George A. Hay,²⁴⁶ che ha notato come dalle sentenza della Corte Suprema emerga una nozione di “*agreement*” talmente ampia da poter includere in tale categoria anche la convergenza oligopolistica, assimilandola al *meeting of minds*.

Secondo l’Autore, «*[a]lthough there is nothing conceptually repugnant in labeling such perceived interdependence as a "meeting of the minds" implying the presence of an agreement, major equitable and practical concerns arise when section 1 liability is attached to behavior that is not plausibly avoidable.*»²⁴⁷

Per comprendere se risultati non competitivi derivino semplicemente dal funzionamento del mercato o dipendano dalla condotta delle imprese, Hay suggerisce di applicare il criterio della “*indirect collusion*.”²⁴⁸

²⁴⁶ Si veda, G.A. HAY, *Oligopoly*, (*supra*, nt. 8)

²⁴⁷ *Ibidem*, 466

²⁴⁸ *Ibidem*, 468. L'Autore distingue le forme di *indirect collusion* dalla *formal collusion*, caratterizzata dalle comunicazioni tra rivali. E infatti, «*[t]he prototype of formal collusion is the smoke-filled room in which all the rivals engage in face-to-face communication, although in an era of conference calls and computers that can talk to one another, less dramatic settings can be employed to the same end.*» (452)

Secondo Hay, «*[t]hese practices, like formal collusion, establish the meeting of the minds that makes it individually rational for each firm to behave in a parallel noncompetitive way. The combination of a meeting of the minds and culpable acts leading to a consensus provides a coherent basis for making policy distinctions. Indeed, one could consider formal collusion simply as one of many methods each potentially culpable by which firms actively achieve a noncompetitive result. That the presence or absence of agreement, however defined, provides*

Secondo questa teoria, l'intento collusivo - e, dunque, l'esistenza di una responsabilità *antitrust* - possono essere dimostrati attraverso la prova dell'adozione da parte delle imprese di condotte volte a rimuovere gli ostacoli di coordinamento, ovvero le pratiche facilitanti.

Secondo questa dottrina alternativa, che prende il nome di “*parallelism plus theory*”, un allineamento oligopolistico può essere sanzionato nell'ambito della *Section 1* dello *Sherman Act* solo se il parallelismo è supportato da ulteriori allegazioni di collusione, i “*plus factors*.”

L'idea sottesa a tale teoria è che sebbene un mercato oligopolistico sia, per sua natura, maggiormente incline alla collusione, difficilmente possono essere assicurati risultati collusivi stabili e durevoli in assenza di qualsivoglia forma di coordinamento. È, dunque, necessario che le imprese pongano in essere delle condotte attive volte a rimuovere gli impedimenti alla collusione o a creare un contesto di mercato più favorevole alla collusione.

L'*enforcement antitrust* dovrebbe, conseguentemente, focalizzarsi sulle prove di queste condotte facilitanti e, sulla base delle stesse, dedurre l'esistenza di una cospirazione, anche in assenza di un formale accordo.

II.6.a. I Plus factors

Come affermato dalla Court of Appeals dell'Ottavo Circuito nel caso

as clear a basis for such distinctions is doubtful.» (468-469)

Blomkest Fertilizer «[a]n agreement is properly inferred from conscious parallelism only when certain “plus factors” exist.»²⁴⁹

Ed invero, i *plus factors* sono tutti quei fatti o fattori addizionali che devono essere prodotti in giudizio, in quanto costituiscono il prerequisito affinché il parallelismo dei comportamenti possa ergersi a *conspiracy*.²⁵⁰

La locuzione “*plus factors*” è stata utilizzata in un caso di *conspiracy*, per la prima volta, nella sentenza *C-O-Two Fire Equipment Co.*,²⁵¹ che definisce tali fattori come quegli elementi che «*when standing alone and examined separately, could not be said to point directly to the conclusion that the charges of the indictment were true beyond a reasonable doubt, but which, when viewed as a whole, in their proper setting, spelled out that irresistible conclusion.*»

La casistica giurisprudenziale ha provveduto a individuare diversi elementi che possono essere qualificati come *plus factors*; tra questi, i principali sono di seguito indicati.²⁵²

Innanzitutto, pare opportuno citare i *plus factors* economici: la struttura del mercato; la concentrazione dell'offerta, l'assenza di margini per i piccoli offerenti, l'inelasticità della domanda, la presenza di barriere all'ingresso che rendono difficile l'ingresso nel mercato per i concorrenti

²⁴⁹ *Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Sask*, 203 F.3d 1028, 1032-1033 (8th Circ. 2000)

²⁵⁰ In questi termini, P.E. AREEDA, D.F. TURNER, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles & Their Application*, Boston, Little, Brown, 1978, 1433; si veda, altresì, T.E. KAUPER, (*supra*, nt. 19), 762

²⁵¹ *C-O-Two Fire Equipment Co. et al. v. United States*, 197 F.2d 489, 493 (9th Circ. 1952)

²⁵² Si vedano, W.E. KOVACIC, *Identification and Proof of Horizontal agreements Under the Antitrust Laws*, 38 Antitrust Bull. 5, 37-48 (1993); S. STROUX, *US and EC Oligopoly Control*, (*supra*, nt. 15), 48-49

potenziali, l'assenza di alcun tipo di potere d'acquisto dal lato della domanda,²⁵³ l'omogeneità dei prodotti,²⁵⁴ la deperibilità dei prodotti, il prezzo come unico fattore concorrenziale, la simmetria dei costi²⁵⁵ e delle quote di mercato;²⁵⁶ la staticità della domanda, la velocità di reazione alle modifiche di prezzo.²⁵⁷

Costituisce *plus factor* anche l'esistenza di un valido motivo per colludere.²⁵⁸ Secondo parte della dottrina,²⁵⁹ tale categoria è strutturale nel senso che non involge la condotta attuale delle imprese, ma le condizioni preesistenti che potrebbero aver reso plausibile e appetibile la concertazione indipendentemente dai rischi ad essa connessi. In genere, la principale ragione che spinge una impresa a entrare a far parte di un accordo anticoncorrenziale riguarda la possibilità di ottenere profitti monopolistici.

Un altro *plus factor* è rappresentato dall'adozione di comportamenti irrazionali in quanto contro i propri interessi²⁶⁰ oppure perché arbitrari o

²⁵³ La capacità di aumentare i prezzi può essere neutralizzata se vi è un forte potere d'acquisto dal lato della domanda.

²⁵⁴ In assenza di fattori diversi dal prezzo che permettano agli operatori di differenziarsi gli uni dagli altri, le leve concorrenziali sono molto ridotte e la sola concorrenza possibile, quella sul prezzo, è particolarmente dura da sopportare.

²⁵⁵ Se le imprese oligopoliste hanno costi simili, hanno anche maggiori incentivi a comportarsi allo stesso modo.

²⁵⁶ Simili quote di mercato riflettono costi simili. Inoltre, operatori con quote di mercato compatibili tendono a percepirsi su un piano di parità.

²⁵⁷ Si veda, R.A. POSNER, *Antitrust Law*, (*supra*, nt. 108), 69-78, cui si rinvia per una più approfondita analisi di ogni singolo elemento richiamato.

²⁵⁸ In giurisprudenza, in particolare, si vedano, *First National Bank of Arizona v. Cities Service Co.*, 391 U.S. 287 (1968); *FTC v. Lukens Steel Co.*, 454 F.Supp. 1182, 1197 n. 18 (D. D. C. 1978); *Venzie Corp. v. US Mineral Prods. Co.*, 521 F.2d 434, 446 (3rd Corc. 1977).

²⁵⁹ Si veda, G.A. HAY, *Horizontal Agreements: Concept and Proof*, 51 *Antitrust Bull.* 877, 885 (2006).

²⁶⁰ In giurisprudenza, si vedano, *Milgram v. Loew's Inc.*, 192 F.2d 579, 583 (3rd Circ 1951); *Interstate Circuit* 306 U.S. 208, 223; *American Tobacco*, 328 U.S. 781, 805;

insolitamente complessi.²⁶¹ In generale, in questo caso, così come nel caso precedente, il *plus factor* costituisce uno strumento che serve al giudice per capire se le condotte sotto esame derivino da comportamenti indipendenti o meno.

Altri *plus factors* sono l'esistenza di fenomeni di mercato che non possono essere spiegati altrimenti se non come il frutto di una concertazione, ad esempio, l'uniformità di prezzi; l'esistenza di un piano comune; e la storia di collusione nel mercato o la presenza di violazioni *antitrust* connesse.²⁶²

Infine, è considerato un *plus factor* anche l'adozione, da parte delle imprese, di pratiche facilitanti.²⁶³

II.6.b. Le pratiche facilitanti

Il concetto di pratica facilitante indica tutte quelle condotte adottate dalle imprese e volte ad agevolare il coordinamento tra gli stessi oligopolisti, che aumentando la trasparenza nel mercato riducono l'incertezza in merito alle condotte future o diminuiscono gli incentivi a

Williamson Oil Company, Inc., et al. v. Philip Morris USA, et al., 346 F.3d 1287 (11th Circ. 2003)

²⁶¹ In tal senso, *Delaware Valley Marine Supply Co. v. American Tobacco Co.*, 297 F.2d 199, 206 n. 19 (3rd Circ. 1961); *In re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Products Antitrust Litigation*, 906 F.2d 432, 449 (9th Circ. 1990)

²⁶² Si vedano, per quest'ultima ipotesi, *Norfolk Monument Co., Inc. v. Woodlawn Memorial Gardens, Inc., et al*, 394 U.S. 700, 703 (1969); *Milgram*, 192 F.2d 579, 583, 584; *C-O-Two Fire Equipment*, 197 F.2d 489, 497.

²⁶³ Si veda, W.E. KOVACIC, *Identification and Proof*, (*supra*, nt. 252), 48

deviare da una strategia coordinata.²⁶⁴

L'idea sottesa a tale dottrina è quella di colmare il divario tra l'accordo esplicito e la mera interdipendenza oligopolistica senza evocare termini come “*collusione tacita*” o “*plus factors*,” che possono avere un modesto contenuto operativo.²⁶⁵

Anche nel caso delle pratiche facilitanti sono state individuate in giurisprudenza, e poi elaborate in modo sistematico dalla dottrina, alcune fattispecie che ricorrono più frequentemente.

Appare, tuttavia, opportuno precisare che, come nel caso dei *plus factors*, tali indicazioni - essendo di creazione giurisprudenziale - non sono esaustive, ma solo esemplificative e, inoltre, che molti tra gli elementi richiamati possono avere sia degli effetti anticoncorrenziali, così come possono portare ad un incremento dell'efficienza nel mercato. Si pensi, ad esempio, ai benefici derivanti dalla diffusione delle informazioni in mercati caratterizzati da elevata incertezza o asimmetrie informative ovvero in mercati caratterizzati da un rapido progresso tecnologico.

Di conseguenza, il semplice fatto che in un caso sottoposto all'esame

²⁶⁴ Si vedano, T.E. KAUPER, (*supra*, nt. 19), 756; K.J. ARQUIT, *The Boundaries of Horizontal Restraints: Facilitating Practices and Invitations to Collude*, 61 *Antitrust L. J.* 531, 536 (1993); W.H. PAGE, *Facilitating Practices and Concerted Action Under Section 1 of the Sherman Act*, 2008, disponibile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1117667; M.D. BLECHMAN, (*supra*, nt. 160), 881; G.A. HAY, *Facilitating Practices*, ABA Section of Antitrust Law, *Issues in Competition Law and Policy Vol II*, 1189 (2008); S.C. SALOP, *Practiced that (Credibly) facilitate Oligopoly Coordination*, in J.E. STIGLITZ, G.F. MATHEWSON (edited by), *New Developments in the analysis of Market Structure*, Macmillan, 1986, 265; S.S. DESANTI, E.A. NAGATA, *Competitor Communications: Facilitating Practices or Invitation to Collude? An Application of Theories to Proposed Horizontal Agreements Submitted for Antitrust Review*, 63 *Antitrust L. J.* 93 (1995).

²⁶⁵ In questi termini, G.A. HAY, *Oligopoly*, (*supra*, nt. 8), 896

del giudice sia presente una pratica facilitante o un singolo *plus factor* non può condurre di per se stesso ad una decisione di illiceità, ma vi deve sempre essere un'accurata valutazione caso per caso.²⁶⁶

Orbene, rientrano nel novero delle pratiche facilitanti: lo scambio di informazioni sensibili, i legami tra i membri dei consigli di amministrazione delle diverse società di un'industria; la partecipazione alla stessa associazione di imprese e, più in generale, l'opportunità di cooperare; l'esistenza di vincoli strutturali tra i membri dell'oligopolio;²⁶⁷ la *price leadership* attuata mediante annunci di prezzo; le formule tariffarie geografiche; e le pratiche di protezione dei prezzi o clausole più favorevoli per il consumatore.

La più importante e significativa pratica facilitante nei casi di collusione *ex Section 1* dello *Sherman Act* è costituita, senz'ombra di dubbio, dagli scambi di informazioni sensibili tra concorrenti, diretti o per il tramite di una associazione di imprese.²⁶⁸

²⁶⁶ S.S. DESANTI, E.A. NAGATA, (*supra*, nt. 264), 98

²⁶⁷ Ad esempio, l'esistenza di imprese comuni, di partecipazioni incrociate, di importanti contratti di approvvigionamento o di distribuzione, ecc. L'esistenza di cointeressenze economiche tra i membri di un oligopolio, da un lato, riduce l'incentivo a competere reciprocamente e, dall'altro, costituisce una fonte ulteriore di trasparenza nel mercato perché permette a due o più operatori concorrenti di condividere informazioni commerciali sensibili con cui annullare l'alea legata al rischio imprenditoriale. Infine, i legami strutturali costituiscono anche un potenziale mezzo di rappsaglia tra i concorrenti.

²⁶⁸ In molti casi di collusione tacita, l'adozione parallela da parte dei concorrenti di pratiche facilitanti viene percepita come un *plus factor*, ma, talvolta, può costituire essa stessa una violazione *antitrust*. Paradigmatico è, a tal riguardo, lo scambio di informazioni sensibili. A tal proposito, un caso recente e particolarmente significativo è *Roberta Todd v. Ennox Corporation*, 275 F.3d 191 (2nd Circ., 2001), nel quale la *Court of Appeals* del secondo circuito ha riconosciuto l'illiceità di un sistema di scambio di informazioni volto a deprimere i salari degli impiegati. Nel caso concreto, l'attore, basandosi sulla giurisprudenza della Corte Suprema che ammette la possibilità di agire in giudizio per lamentare uno scambio di informazioni indipendentemente dalle condotte adottate nel mercato, aveva lamentato

Nello scambio di informazioni rientrano non soltanto gli scambi privati di informazioni, ma anche gli annunci pubblici di prezzo. Questi ultimi possono, infatti, costituire dei segnali attraverso i quali gli oligopolisti comunicano reciprocamente al fine di aumentare i prezzi in maniera omogenea.²⁶⁹

Come evidenziato in dottrina,²⁷⁰ le comunicazioni private tra rivali sono molto più sospette rispetto agli annunci pubblici.

Ed invero, mentre in alcuni casi gli scambi di informazioni sono talmente espliciti da costituire prova diretta di un accordo, in altri casi per dimostrare l'esistenza di un'azione concertata devono essere considerati insieme ad altre evidenze circostanziali.²⁷¹

l'esistenza di un accordo illecito tra le società convenute costituito da incontri periodici in cui venivano scambiate informazioni e scelte le strategie comuni. I giudici, dopo aver esaminato le condotte sospette con la lente della *rule of reason*, hanno rilevato che: le informazioni riguardavano i salari presenti futuri e passati; i dati erano disponibili sia in aggregato che per sottoinsiemi di tre imprese; non vi era una diffusione pubblica degli stessi. Secondo la *Court of Appeals*, dunque, tale sistema di scambio di informazioni, in un mercato già incline alla collusione (in quanto caratterizzato dalla presenza di poche imprese con alte quote di mercato, un sufficiente grado di omogeneità dei prodotti, e inelasticità dell'offerta) ha facilitato il coordinamento tra concorrenti.

²⁶⁹ Il *Department of Justice* ha sostenuto questa tesi per la prima volta nel caso *United States v. General Motors Corp.*, 1974-2 Trade Cas. (CCH) P75,253 (E. D. Mich. 1974), anche se in tale caso la Corte ha rigettato la tesi governativa sulla base della considerazione che non vi fossero sufficienti prove a sostegno della stessa.

Diversamente nel caso *Petroleum Products*, 906 F.2d 432, 445-450, la Corte ha statuito che gli annunci pubblici di incrementi dei prezzi di rivendita e degli sconti supportavano la tesi dell'esistenza di una *conspiracy*.

²⁷⁰ Si vedano, D.W. CARLTON, R.H. GERTNER, A.M. ROSENFELD, (*supra*, nt. 134), 435-36

²⁷¹ Si veda W.H. PAGE, *Communication and Concerted Action*, 38 Loy. U. Chi. L. J. 405, 440-446 (2007); *Id.*, *Facilitating Practices and Concerted Action*, (*supra*, nt. 264), 1190

II.7. Le prime pronunce della Corte Suprema in tema di pratiche facilitanti

La dottrina del *parallelism plus* inizia a svilupparsi in giurisprudenza già nel primo ventennio del secolo scorso.

Nonostante, infatti, in questo periodo, definito da Peritz dell'associazionismo,²⁷² le scelte di *policy* fossero favorevoli allo scambio di informazioni e alla cooperazione tra concorrenti, la Corte suprema, consapevole degli effetti anticoncorrenziali di certe condotte, ha pronunciato alcune sentenze di condanna nell'ambito della *Section 1* di pratiche che possono essere annoverate tra le pratiche facilitanti.²⁷³

Emblematici di questo periodo sono due casi molto simili affrontati dalla Corte Suprema, il caso *American Column & Lumber*²⁷⁴ e il caso *Marple Flooring*.²⁷⁵

Sebbene in entrambi i casi fosse coinvolta una associazione di imprese ed entrambi i casi riguardassero un sistema di scambio di informazioni nell'ambito della *Section 1*, essi sono stati decisi in modo radicalmente opposto dal Supremo giudice federale.²⁷⁶

In particolare, il caso *American Column & Lumber* aveva ad oggetto delle pratiche concordate restrittive del commercio poste in essere nell'ambito di un'associazione di produttori di legno duro attivi nel Sud

²⁷² Si veda, R.J.R. PERITZ, (*supra*, nt. 41), 59-110

²⁷³ In tal senso, M. FILIPPELLI, (*supra*, nt. 21), 158

²⁷⁴ *American Column & Lumber v. United States*, 257 U.S. 377 (1921)

²⁷⁵ *Maple Flooring Manufacturers Association et al. v. United States*, 268 U.S. 563 (1925)

²⁷⁶ Si veda, T.E. KAUPER, (*supra*, nt. 19), 757.

ovest degli Stati Uniti.

Secondo la Corte Suprema, nel caso in questione, tendevano a facilitare la collusione, contribuendo, altresì, a limitare le defezioni dall'accordo comune, sia il fatto che vi fossero incontri autorizzati mensilmente dall'associazione in cui venivano forniti consigli sui prezzi e le quantità, sia il fatto che ogni membro dell'associazione, da un lato, fornisse periodicamente specifiche informazioni sui propri affari e, dall'altro, ricevesse dettagliati rapporti sui prezzi e le vendite effettuati dai concorrenti per ogni transazione.

Sulla base di tali considerazioni, secondo la Corte, dunque, *«the purpose and effect of the activities of the "Open Competition Plan," here under discussion, were to restrict competition and thereby restrain interstate commerce in the manufacture and sale of hardwood lumber by concerted action in curtailing production and in increasing prices, we agree with the District Court that it constituted a combination and conspiracy in restraint of interstate commerce within the meaning of the Anti-Trust Act of 1890.»*²⁷⁷

Diversamente, il caso *Marple Flooring* aveva ad oggetto i comportamenti delle imprese parte di una associazione di commercio di legname e manifatture per pavimentazione.

In tale secondo caso, l'associazione svolgeva il compito di raccogliere le informazioni che ogni membro forniva e organizzarle in rapporti settimanali da inviare a tutte le imprese parti.

Nella propria decisione la Corte Suprema ha statuito che

²⁷⁷ *American Column & Lumber*, 257 U.S. 377, 411-412

«[c]ompetition does not become less free merely because the conduct of commercial operations becomes more intelligent through the free distribution of knowledge of all the essential factors entering into the commercial transaction.»²⁷⁸

Ed infatti, dopo aver esaminato in maniera approfondita lo scambio di informazioni e gli effetti potenzialmente derivanti dallo stesso, la Corte ha escluso che, nel caso in questione, potessero facilitare l'accordo e, dunque, che vi fosse una violazione della *Section 1*, poiché lo scambio riguardava essenzialmente vendite passate, i dati erano aggregati e pubblici e, inoltre, non vi era stata alcuna prova chiara dell'impatto sui prezzi dello scambio di informazioni.²⁷⁹

Una parte della dottrina²⁸⁰ ha aspramente criticato queste due decisioni, considerandole come inconsistenti, non essendovi stata da parte della Corte una seppur minima analisi economica o un esame della struttura del mercato, che in entrambi le ipotesi non era concentrato.

Invero, i due casi più importanti in tema di scambio di informazioni in mercati fortemente oligopolistici sono *Container Corp*²⁸¹ e *Gypsum*.²⁸²

Nel primo caso la Corte Suprema ha condannato le imprese coinvolte, motivando brevemente la propria decisione e, in particolare, facendo riferimento alla struttura del mercato fortemente concentrata,

²⁷⁸ *Maple Flooring*, 268 U.S. 563, 583

²⁷⁹ Si vedano, A.I. GAVIL, W.E. KOVACIC, J.B. BAKER, *Antitrust law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, St. Paul, Thomson West, 2008, 267-272

²⁸⁰ Si veda, T.E. KAUPER, (*supra*, nt.19), 757.

²⁸¹ *Container*, 393 U.S. 333 (1969)

²⁸² *United States v. Gypsum Co.*, 438 U.S. 422 (1978)

l'omogeneità dei prodotti e lo scambio sui prezzi.

Il principio enunciato da tale sentenza è l'illiceità *per se* dello scambio di informazione sui prezzi tra concorrenti diretti in mercati molto concentrati.

Diversamente, nel caso *Gypsum*, è stata impiegata una più accurata analisi economica per identificare le relazioni esistenti tra la trasparenza dei prezzi e la capacità da parte degli oligopolisti di ottenere effetti simili a quelli di un cartello.

Nonostante la Corte Suprema ritenne che la pratica posta in essere dalle imprese (consistente nella verifica diretta dei prezzi segreti praticati allo scopo di evitare di incorrere nel divieto introdotto dal *Robinson Patman Act*²⁸³ in tema di prezzi discriminatori) fosse illecita, essa affermò

²⁸³ 15 U.S.C. § 13, il quale prevede che «*[i]t shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality, where either or any of the purchases involved in such discrimination are in commerce, where such commodities are sold for use, consumption, or resale within the United States or any Territory thereof or the District of Columbia or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States, and where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers of either of them: Provided, That nothing herein contained shall prevent differentials which make only due allowance for differences in the cost of manufacture, sale, or delivery resulting from the differing methods or quantities in which such commodities are to such purchasers sold or delivered: Provided, however, That the Federal Trade Commission may, after due investigation and hearing to all interested parties, fix and establish quantity limits, and revise the same as it finds necessary, as to particular commodities or classes of commodities, where it finds that available purchasers in greater quantities are so few as to render differentials on account thereof unjustly discriminatory or promotive of monopoly in any line of commerce; and the foregoing shall then not be construed to permit differentials based on differences in quantities greater than those so fixed and established: And provided further, That nothing herein contained shall prevent persons engaged in selling goods, wares, or merchandise in commerce from selecting their own customers in bona fide transactions and not in restraint of trade: And*

che lo scambio di informazioni non necessariamente deve essere considerato come illecito *per se*, ben potendo, invece, produrre degli effetti pro-competitivi.²⁸⁴

II.8. Lo standard probatorio moderno: il caso Monsanto

Lo standard moderno per stabilire se le parti hanno raggiunto un accordo idoneo a ricadere nel divieto *Antitrust* è fissato nella decisione del caso Monsanto,²⁸⁵ che costituisce, altresì, il primo caso in cui la Corte Suprema ha applicato la teoria del *parallelism plus*.

Spray-Rite aveva denunciato l'esistenza di una *conspiracy* verticale di fissazione dei prezzi tra Monsanto, produttore di pesticidi a base di erbe per il mais, e i propri distributori. Secondo l'attore, anch'egli distributore dei prodotti di Monsanto, lo schema collusivo includeva anche meccanismi di ritorsione contro i distributori non allineati.

Ed infatti, poiché egli vendeva i prodotti di Monsanto a prezzi più bassi rispetto a quelli dei distributori che aderivano alla collusione, il produttore aveva rifiutato di rinnovare il contratto di distribuzione e, allo

provided further, That nothing herein contained shall prevent price changes from time to time where in response to changing conditions affecting the market for or the marketability of the goods concerned, such as but not limited to actual or imminent deterioration of perishable goods, obsolescence of seasonal goods, distress sales under court process, or sales in good faith in discontinuance of business in the goods concerned.»

²⁸⁴ Nel caso concreto, la Corte Suprema ha riconosciuto come effetto pro-competitivo la pratica dei prezzi segreti, nella forma degli sconti, che potrebbero abbattere i prezzi oligopolistici.

²⁸⁵ *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752 (1984)

stesso tempo, anche gli altri grossisti si erano rifiutati di vendergli i prodotti di cui aveva bisogno.

La questione cruciale che la Corte suprema ha dovuto affrontare involgeva, dunque, la possibilità di dedurre l'esistenza di una *conspiracy* verticale di fissazione dei prezzi dall'interruzione del rapporto contrattuale di distribuzione.

Nella sentenza che ha deciso il caso, la Corte Suprema dopo aver confermato, ancora una volta, che il mero parallelismo non è sufficiente per violare lo *Sherman Act*, ha provveduto ad individuare il corretto standard probatorio: «*there must be evidence that tends to exclude the possibility of independent action by the manufacturer and distributor. That is, there must be direct or circumstantial evidence that reasonably tends to prove that the manufacturer and others had a conscious commitment to a common scheme designed to achieve an unlawful objective.* [grassetto aggiunto]»²⁸⁶

La Corte Suprema ha, in altre parole, statuito che una condotta è illecita se è frutto di un “*conscious commitment to a common scheme*”, dimostrato da prove che escludono la possibilità di un'azione indipendente delle parti.

Gli elementi critici dello standard Monsanto sono, dunque, da un lato, il ruolo dell'intento (*a conscious commitment*) in quanto non può esistere un accordo senza un *meeting of minds*; e, dall'altro, la forma dell'accordo (*a common scheme*) che può essere esplicito o tacito.

²⁸⁶ *Ibidem*, 768

Nel commentare tale sentenza, alcuni studiosi²⁸⁷ hanno sottolineato la costituzione di un nuovo e maggiormente stringente onere della prova in capo all'attore,²⁸⁸ in linea con l'esigenza di non sanzionare comportamenti individuali delle imprese all'interno del mercato.

Altra parte della dottrina, viceversa, ha criticato la decisione, considerandola come restrittiva rispetto all'ampio ambito di applicazione della *conspiracy* di cui alla *Section 1* dello *Sherman Act*.²⁸⁹

In realtà, infatti, la Corte Suprema non spiega che tipo di comportamenti paralleli possono integrare una “*unlawful conspiracy*”, sottolineando come, in realtà, l'unica certezza sembra riguardare il fatto che debbano sussistere dei *plus factors*, comunicazioni o accordi, perché l'esistenza di una cospirazione possa essere provata. Tale approccio, tuttavia, non differirebbe dal richiedere la prova di accordi, scritti o orali, di fissazione di prezzi e con ciò contrastando con la precedente giurisprudenza che ha negato il bisogno di provare evidenti accordi.²⁹⁰

Anche Posner ha fermamente criticato questa sentenza, osservando in particolare che l'ambigua espressione “*independent actions*” potrebbe indurre le Corti a identificare la categoria della collusione con gli accordi espressi e a percepire la collusione tacita come un comportamento

²⁸⁷ Si vedano, J.B. MCARTHUR, T.W. PATERSON, *The effects of Monsanto, Matsushita and Sharp on the Plaintiff's Incentive to Sue*, 23 Conn. L. Rev. 333, 335-338 (1991).

²⁸⁸ Secondo D.F. SHORES, *Narrowing the Sherman Act Threough an Extention of Colgate: the Matsushita case*, 55 Tenn. L. Rev. 261, 304 (1988), questa sentenza riprende la dottrina Colgate che permette l'individuazione di cospirazioni verticali con prove indirette soltanto se tutte le prove portano verso la collusione.

²⁸⁹ Si veda, C.D. FLOYD, *Vertical Antitrust Conspiracy After Monsanto and Russell Stover*, 33 Kan. L. Rev. 269, 300 (1985)

²⁹⁰ *Ibidem*, 301

indipendente. Questo approccio, sempre secondo l'Autore, finirebbe paradossalmente con l'incrementare l'onere della prova in capo all'attore quando il mercato è più concentrato e, dunque, più incline alla collusione, ovvero quando non è necessaria una comunicazione esplicita tra i concorrenti.²⁹¹

II.8.a. Caso Matsushita

Il caso Matsushita²⁹² prende avvio da una denuncia presentata dalle società produttrici di apparecchi elettronici statunitensi contro ventuno produttori giapponesi, accusati di aver cospirato per fissare i prezzi, mantenendoli elevati nel mercato giapponese e bassi negli Stati Uniti, con finalità escludenti nei confronti dei concorrenti americani.

La Corte Suprema, con una decisione adottata a stretta maggioranza (5 giudici contro 4), ha ribaltato il giudizio della *Court of Appeals* del Terzo Circuito che aveva riconosciuto l'esistenza di una *conspiracy* illecita tra i produttori giapponesi,²⁹³ affermando che: «*antitrust law limits the range of permissible inferences from ambiguous evidence in a § 1 case. Thus, in Monsanto [...] we held that conduct as consistent with permissible competition as with illegal conspiracy does not, standing alone, support an inference of antitrust conspiracy. [...] To survive a motion for summary judgment or for a directed verdict, a plaintiff seeking damages for a*

²⁹¹ Si veda, R.A. POSNER, *Antitrust Law*, (*supra*, nt. 108), 100

²⁹² *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corporation*, 475 U.S. 574 (1986)

²⁹³ *In re Japanese Electronic Products Antitrust Litigation*, 723 F.2d 238 (3rd Circ., 1983)

*violation of § 1 must present evidence "that tends to exclude the possibility" that the alleged conspirators acted independently. [grassetto aggiunto] [...] Respondents in this case, in other words, must show that the inference of conspiracy is reasonable in light of the competing inferences of independent action or collusive action that could not have harmed respondents.»*²⁹⁴

Secondo un autorevole dottrina,²⁹⁵ di cruciale importanza nell'interpretare tale statuizione è il significato da attribuire al termine “*independent*”, considerato che nella sentenza sembra che le azioni indipendenti sono considerate come sinonimo di concorrenza, che generalmente significa rivalità, non “*mutual understanding*.”

L'importanza di tale sentenza, inoltre, non riguarda la sua analisi in merito al concetto di accordo, ma piuttosto il fatto che tramite essa la Corte Suprema ha voluto inviare un messaggio alle corti inferiori, invitandole a considerare seriamente l'ipotesi del giudizio sommario in favore dei convenuti quando le prove fornite dall'attore sono inconsistenti.

La decisione è fondata su due argomentazioni: l'assenza di una prova idonea a dimostrare la cospirazione²⁹⁶ e l'inesistenza di un valido motivo per colludere.²⁹⁷

²⁹⁴ *Matsushita*, 475 U.S. 574, 588

²⁹⁵ Si veda, L. KAPLOW, (*supra*, nt. 8), 735-736

²⁹⁶ Ed invero è la stessa Corte Suprema a ricordare specificamente come nel corso del primo grado di giudizio, dopo diversi anni di *discovery*, fosse stato garantito il giudizio sommario proprio sulla base del fatto non vi erano sufficienti prove per supportare l'accusa di *conspiracy* volta a deprimere i prezzi.

²⁹⁷ *Matsushita*, 475 U.S. 574, 596-597 «*if petitioners had no rational economic motive to conspire, and if their conduct is consistent with other, equally plausible explanations, the conduct does not give rise to an inference of conspiracy. [...] Here, the conduct in question*

Per quanto attiene al primo motivo, con un'argomentazione in perfetto stile Chicago,²⁹⁸ il giudice Powell, estensore della opinione della Corte, ha evidenziato come la predazione, in realtà, sia una strategia altamente rischiosa poiché, a fronte di un certo e immediato sacrificio nel breve periodo, consistenti dubbi sussistono in merito un *recoupment* ottenibile nella fase successiva all'uscita dei rivali dal mercato.

Una pratica di prezzi predatori, infatti, ha senso solo se dopo l'esclusione dei concorrenti, l'impresa che ha adottato tale pratica riesca a recuperare la perdita subita e realizzare guadagni monopolistici o ulteriori vantaggi. La riuscita del piano, dunque, dipende dalla capacità delle imprese di monopolizzare il mercato nel lungo periodo e di mantenere questo potere il più a lungo possibile.

Secondo la Corte, dunque, posto che è improbabile che una pratica di prezzi predatori abbia successo come strategia individuale è ancora più

consists largely of (i) pricing at levels that succeeded in taking business away from respondents, and (ii) arrangements that may have limited petitioners' ability to compete with each other (and thus kept prices from going even lower). This conduct suggests either that petitioners behaved competitively, or that petitioners conspired to raise prices. Neither possibility is consistent with an agreement among 21 companies to price below market levels. Moreover, the predatory pricing scheme that this conduct is said to prove is one that makes no practical sense: it calls for petitioners to destroy companies larger and better established than themselves, a goal that remains far distant more than two decades after the conspiracy's birth. Even had they succeeded in obtaining their monopoly, there is nothing in the record to suggest that they could recover the losses they would need to sustain along the way. In sum, in light of the absence of any rational motive to conspire, neither petitioners' pricing practices, nor their conduct in the Japanese market, nor their agreements respecting prices and distribution in the American market, suffice to create a "genuine issue for trial." Fed. Rule Civ. Proc. 56(e).»

²⁹⁸ *Ibidem*, 589-591. La Corte Suprema richiama esplicitamente le opere di alcuni famosi Chicagoans: R. BORK, (*supra*, nt. 108), 145; J.S. MCGEE, *Predatory Pricing Revisited*, 23 J.Law & Econ. 289, 295-297 (1980); F.H. EASTERBROOK, *The Limits of Antitrust*, 63 Tex. L. Rev. 1, 28 (1984)

improbabile che questa possa essere attuata collettivamente, in considerazione degli incentivi a deviare dall'accordo collusivo.

In secondo luogo, la Corte Suprema rileva come l'assenza di *conspiracy* fosse dimostrata dal fatto che in vent'anni di presunta collusione le imprese nipponiche non erano riuscite ad ottenere il raggiungimento del potere monopolistico, né a indebolire in maniera significativa la posizione delle compagnie americane, molto più grandi e ben insediate all'interno del mercato domestico.²⁹⁹

Proprio su tali aspetti si è incentrata l'opinione dissenziente del giudice White il quale, con specifico riferimento allo *standard* probatorio, ha rilevato che «*[i]n defining what respondents must show in order to recover, the Court makes assumptions that invade the factfinder's province. The Court states with very little discussion that respondents can recover under § 1 of the Sherman Act only if they prove that "petitioners conspired to drive respondents out of the relevant markets by (i) pricing below the level necessary to sell their products, or (ii) pricing below some appropriate measure of cost." [...] This statement is premised on the assumption that "[an] agreement without these features would either leave respondents in the same position as would market forces or would actually benefit respondents by raising market prices." [...] In making this assumption, the Court ignores the contrary conclusions of respondents' expert DePodwin, whose report in very relevant part was erroneously excluded by the District Court.*»³⁰⁰

²⁹⁹ *Matsushita*, 475 U.S. 574, 597

³⁰⁰ *Ibidem*, 601

Secondo il giudice White, infatti, «*DePodwin Report alone creates a genuine factual issue regarding the harm to respondents caused by Japanese cartelization and by agreements restricting competition among petitioners in this country. No doubt the Court prefers its own economic theorizing to Dr. DePodwin's, but that is not a reason to deny the factfinder an opportunity to consider Dr. DePodwin's views on how petitioners' alleged collusion harmed respondents. The Court, in discussing the unlikelihood of a predatory conspiracy, also consistently assumes that petitioners valued profit-maximization over growth. [...] In light of the evidence that petitioners sold their goods in this country at substantial losses over a long period of time, [...] I believe that this is an assumption that should be argued to the factfinder, not decided by the Court.*»³⁰¹

Numerose critiche sono state mosse anche dalla dottrina, che ha rilevato come la sentenza *Matsushita* sia viziata in quanto incentrata prevalentemente sulla teoria economica sulla predazione in adesione ai dettami enunciati dalla scuola di Chicago, piuttosto che sull'esame di prove fattuali.³⁰²

³⁰¹ *Ibidem*, 603-604

³⁰² In tal senso, si vedano, ad esempio, D.F. **SHORES**, (*supra*, nt. 288), 287; L. **MECKFESSEL JUDELSON**, *Kodak v. Image Technical Services: The Taming of Matsushita and the Chicago School*, 1993 Wis. L. Rev., 1633, 1649 (1993); E. **CREW**, *Matsushita v. Zenith: the Chicago School Teaches the Supreme Court a Dubious Lesson*, *Antitrust*, Fall, 11 (1986); S. **DESANTI**, W.E. **KOVACIC**, *Matsushita: Its construction and Application by the Lower Courts*, 59 *Antitrust L. J.* 609, 653 (1991)

II.8.b. Lo standard probatorio Monsanto-Matsushita

Con la sentenza *Matsushita* la Corte Suprema degli Stati Uniti ha esteso agli accordi tra concorrenti diretti lo *standard* probatorio elaborato nel caso *Monsanto* per gli accordi verticali, sancendo così un generale innalzamento della soglia probatoria necessaria per avviare un processo in materia di *conspiracy*.³⁰³

Attraverso le decisioni di questi due casi, la Corte ha, in particolare, segnato un significativo allontanamento rispetto alle decisioni precedenti in materia di concertazione, attraverso un importante restringimento del concetto di accordo nell'ambito dello *Sherman Act* e, contestualmente, un ampliamento dell'area in cui comportamenti anticoncorrenziali possono sfuggire allo scrutinio *antitrust*.³⁰⁴

Tali statuizioni possono essere considerate, da un lato, come espressione dello scetticismo nei confronti dell'uso di prove circostanziali nelle cause *ex Section 1*³⁰⁵ e, dall'altro, come una manifestazione del favore nei confronti di un intervento mirato, allo scopo di evitare che vengano portate avanti domande non sorrette da fondate prove economiche, considerati i costi, la durata e la complessità di siffatti giudizi.³⁰⁶

³⁰³ Così, **SHORES**, (*supra*, nt. 288), 266

³⁰⁴ *Ibidem*

³⁰⁵ In tal senso R. **SHERMAN**, *The Matsushita case: Tightened Concepts of Conspiracy and predation?*, 8 *Cardozo L. Rev.*, 1121, 1335-1337 (1987). Si veda, altresì, M. **LEIGH**, *Antitrust – high standard of proof required to show the existence of conspiracy*, 80 *Am. J. Int'l. L.* 955, 958 (1986).

³⁰⁶ Si veda, B.S. **LEVINE**, *Predatory Pricing Conspiracies After Matsushita Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.: Can an Antitrust Plaintiff Survive the Supreme Court Scepticism?*, 22 *Int'l Law.* 529, 541 (1988)

Numerose sono state le critiche mosse dalla dottrina nei confronti del parametro probatorio in esame.

Secondo alcuni studiosi,³⁰⁷ in particolare, la scelta operata dalla Corte Suprema di innalzare l'onere della prova rifletterebbe una volontà di ostacolare le più dure decisioni di *policy antitrust* nei confronti della collusione tacita, nonostante tali forme di collusione possono essere anche più dannose dei cartelli espliciti.

Altra parte della dottrina³⁰⁸ ha criticato il richiamato *standard* probatorio in ragione della sua idoneità a condurre a risultati opposti.

Ed invero, attraverso l'applicazione dello stesso, da un lato, i giudici possono sottoporre alla giuria un caso di *conspiracy* solo nell'ipotesi in cui, a seguito di un bilanciamento tra prove a favore e contrarie alla collusione, sia altamente improbabile che le imprese abbiano agito indipendentemente. In tale caso, la valutazione da parte del giudice sarebbe fondata sul criterio della ragionevole probabilità.³⁰⁹

Diversamente, nei casi in cui sia incerto se vi è stata cospirazione o azione indipendente, è necessario che l'attore fornisca la prova della razionalità della collusione, poiché nel caso in cui le evidenze allegate riguardino esclusivamente un parallelismo dei comportamenti, senza *plus factors*, la domanda attorea deve essere automaticamente rigettata.

³⁰⁷ Secondo T.A. **PIRAINO JR.**, (*supra*, nt. 8), 29-31, la collusione tacita è più durevole rispetto alla collusione esplicita (perché basata su condizioni di mercato che naturalmente portano al coordinamento) e, spesso, molto difficili da rilevare.

³⁰⁸ Si veda, D.F. **SHORES**, (*supra*, nt. 288), 294-295

³⁰⁹ Si vedano, P.E. **AREEDA**, H. **HOVENKAMP**, (*supra*, nt. 20), 24

II.9. Applicazione dello standard Monsanto-Matsushita da parte delle corti inferiori

Le ambiguità dello *standard* probatorio *Monsanto-Matsushita* - altrimenti noto come “*tend to exclude standard*” -, descritte nel paragrafo precedente, in effetti, hanno dato luogo a pronunce confliggenti da parte delle corti inferiori.

La prima cruciale questione che si è dovuta affrontare ha riguardato l'applicazione stessa del parametro.

In merito sono state individuate tre teorie:³¹⁰ la teoria dell'applicazione generale dello *standard* a tutti i casi di violazione della *Section 1*; la teoria della natura precauzionale, secondo la quale lo *standard* si applicherebbe solo in presenza di un serio rischio di condannare condotte innocenti; e infine, una teoria mediana rispetto alle prime due, che invita ad applicare lo *standard* a tutti i casi in cui l'inesistenza di una cospirazione illecita appare più fondata rispetto alla sua sussistenza, pur in presenza di prove che potrebbero supportare tanto la prima quanto la seconda soluzione.

Una dottrina³¹¹ ha, infine, suggerito di applicare cumulativamente questi approcci e, di conseguenza, escludere l'esistenza di una collusione quando la stessa non è plausibile.

Nell'applicare lo *standard Monsanto-Matsushita*, un ulteriore problema che le corti hanno dovuto affrontare è stato quello di stabilire cosa

³¹⁰ Si veda, D.F. SHORES, (*supra*, nt. 288), 294-295

³¹¹ Si veda, N.G. LEVIN, *The Nomos of Narrative of Matsushita*, 73 Fordham L. Rev. 1627, 1650-1651 (2005)

esattamente si deve intendere per *plus factors*. In particolare, se tale requisito debba essere interpretato in maniera lata o restrittiva.³¹²

Le corti che hanno interpretato in maniera più ampia, di solito, richiedevano all'attore di provare sia il parallelismo che uno o più *plus factors* tali da supportare la probabilità di coordinamento contro l'opposta possibilità di azione indipendente. Una volta che tali prove venivano fornite, allora il giudice deduceva una presunzione semplice di collusione.

Di contro, i giudici hanno interpretato in un senso più restrittivo la necessità di fornire *plus factors*, si sono concentrati, nella maggior parte dei casi, più sulla loro esistenza che non sul loro effettivo ruolo nell'avvalorare la collusione.³¹³

La possibilità di aderire all'una o all'altra interpretazione ha fatto sì che venissero emanate sentenze radicalmente divergenti, anche in presenza di contesti di fatto simili. Paradigmatico di tale discordanza³¹⁴ è il confronto tra il caso *Williamson Oil*³¹⁵ e il caso *Fructose*.³¹⁶

³¹² Si veda, J. SKOCILICH, *Narrower is Better - The Third Circuit's Latest Word on Conscious Parallelism and the Problem of Plus Factors: in re Flat Glass*, 50 Vill. L. Rev. 1309, 1318 (2005)

³¹³ Si veda, W.H. PAGE, *Communication and Concerted Action*, (*supra*, nt. 271), 447

³¹⁴ Così, M. FILIPPELLI, (*supra*, nt. 21), 166

³¹⁵ *Williamson Oil*, 346 F.3d 1287

³¹⁶ *In Re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, (7th Circ., 2002)

II.9.a. Il caso *Williamson Oil*

In *Williamson Oil*,³¹⁷ la *Court of Appeals* dell'Undicesimo Circuito ha esaminato una domanda di *conspiracy* di fissazione dei prezzi all'ingrosso da parte dei produttori di sigarette.

Nel caso in oggetto, *Philip Morris*, in un primo momento, aveva cercato di aumentare i prezzi delle sigarette, ma infruttuosamente poiché i rivali non avevano aderito. La società aveva così deciso di cambiare la propria strategia, promuovendo attraverso annunci pubblici una riduzione dei prezzi per il suo marchio principale, *Marlboro*. A quel punto, i rivali, dietro la minaccia di perdere quote di mercato, hanno deciso di seguire la strategia di *Philip Morris*, determinando un generale incremento dei prezzi all'ingrosso delle sigarette.³¹⁸

La Corte, considerato che il contesto probatorio e fattuale era conforme sia con la collusione che con l'azione indipendente delle società coinvolte, al fine di dedurre l'esistenza di una *conspiracy*, ha applicato lo *standard Matsushita*, richiedendo la produzione di *plus factors*.

Williamson Oil, in risposta alle richieste della Corte, oltre a provare evidenze di un parallelismo negli aumenti di prezzo, era riuscita a provare l'esistenza di pratiche facilitanti tra società e, in particolare, un sistema di scambio di informazioni (specificamente, un sistema di segnali caratterizzati da drastiche riduzioni di prezzo poste in essere da *Philip Morris* e chiamate “*Marlboro Friday*”), una tradizione di *conspiracy* nel

³¹⁷ *Williamson Oil*, 346 F.3d 1287

³¹⁸ *Ibidem*, 1292-1294

mercato e il fatto che le imprese avessero adottato azioni contrarie ai propri interessi.

La Corte, tuttavia, aderendo alla dottrina di Turner, ha adottato l'interpretazione ampia del nuovo *standard*, sancendo che i *plus factors* forniti non costituivano indizi di collusione.³¹⁹

In particolare, i preventivi annunci delle strategie di mercato, piuttosto che un meccanismo per incrementare la trasparenza del mercato e per facilitare la formazione e il mantenimento della collusione tacita, costituivano una «*dissemination of pricing information [that] can have economic benefit*»;³²⁰ mentre, l'allineamento dei rivali agli annunci di prezzo di *Philip Morris* era un comportamento razionale, giustificato dalle

³¹⁹ Anche altre Corti hanno aderito alla stessa interpretazione. In *Blomkest Fertilizer*, 203 F.3d 1028, ad esempio, la *Court of Appeals* dell'Ottavo Circuito ha respinto la richiesta di una *conspiracy* orizzontale tra i produttori di carbonato di potassio poiché i *plus factors* allegati non escludevano la possibilità di un'azione indipendente, considerata la mancanza di accordi formali, di azioni contrarie ai propri interessi, nonché l'inidoneità delle comunicazioni tra le imprese coinvolte a influire sui livelli di prezzo. In realtà, in questo caso, all'interno alla Corte, si è registrato un interessante dibattito sul peso da attribuire ai *plus factors* tra la maggioranza, che escludeva la possibilità di dedurre una *conspiracy* e la minoranza che, al contrario, focalizzando l'attenzione sulle caratteristiche del mercato inclini alla collusione, sulle condotte parallele e sulle pratiche facilitanti, ritenevano le prove allegate già sufficienti per dedurre l'esistenza di una *conspiracy*.

Anche la *Court of Appeals* del Terzo Circuito ha aderito all'interpretazione ampia nei casi *Petruzzi's IGA Supermarkets Inc., v. Darling-Delaware Company Inc. et al.*, 998 F.2d 1224 (3rd Circ., 1993), e *In re Baby Food Antitrust Litigation*, 166 F.3d 112 (3rd Circ., 1999). Nel primo caso i giudici hanno escluso l'esistenza di una *conspiracy* di ripartizione del mercato, nonostante l'attore avesse allegato prova di azioni contrarie agli interessi delle imprese coinvolte e, dunque, ragionevoli solo in presenza di un allineamento strategico. Principi analoghi sono stati applicati nel secondo caso, in cui la Corte ha rigettato una domanda di *conspiracy* perché, ad eccezione di un parallelismo consapevole, non vi erano ulteriori prove né di scambi di informazioni né di condotte contrarie agli interessi individuali atte a dimostrare l'esistenza di una *conspiracy* illegale.

³²⁰ *Williamson Oil*, 346 F.3d 1287, 1305

condizioni del mercato.³²¹

II.9.b. Il caso In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation

Radicalmente di segno opposto è la decisione nel caso *Fructose*³²² della *Court of Appeals* del Settimo Circuito, non a caso redatta dal giudice R. Posner, il quale ha osservato che la giurisprudenza americana, in effetti, ha sempre richiesto a coloro che avessero agito in giudizio per far valere una violazione della *Section 1* di fornire prove dirette o circostanziali di accordi espliciti tra concorrenti.

Nel valutare l'assolvimento dello *standard Monsanto-Matsushita* da parte dell'attore,³²³ Posner ha, inoltre, precisato che «*[m]ore evidence is required the less plausible the charge of collusive conduct.*»³²⁴

Nel caso in esame, Posner ha ritenuto, in considerazione delle diverse evidenze economiche, che il mercato rilevante funzionasse in un modo collusivo³²⁵ e che l'esistenza di un accordo esplicito poteva essere dedotta dall'esame delle evidenze non economiche, in particolare le

³²¹ *Williamson Oil*, 346 F.3d 1287, 1307

³²² *Fructose*, 295 F.3d 651. Il caso riguardava una cospirazione sospetta di fissazione dei prezzi tra fabbricanti di sciroppo di mais.

³²³ L'attore, oltre a paralleli incrementi di prezzo aveva allegato prove circostanziali economiche sull'esistenza di un contesto di mercato favorevole alla collusione poiché altamente concentrato e con prodotti omogenei e stabili quote di mercato nel periodo della contestata cospirazione.

³²⁴ *Fructose*, 295 F.3d 651, 661

³²⁵ I prezzi praticati dai due principali offerenti non potevano essere spiegati come il prodotto di forze concorrenziali; le quote di mercato erano rimaste stabili nel tempo, nonostante l'industria avesse registrato una crescita; i prezzi erano più elevati in periodi di sospetta collusione.

comunicazioni tra concorrenti, «*considered as a whole and in combination with the economic evidence.*»³²⁶

Tali prove «*would have been enough to enable a reasonable jury to infer that the agreement to fix prices was express rather than tacit. The evidence is not conclusive by any means - there are alternative interpretations of every bit of it - but it is highly suggestive of the existence of an explicit though of course covert agreement to fix prices.* [grassetto aggiunto]»³²⁷

Nonostante ciò, le prove fornite dall'attore sono state, infine, considerate insufficienti per evitare il giudizio sommario e incapaci di dimostrare l'esistenza di una *conspiracy* tra i convenuti, perché l'attore avrebbe dovuto dimostrare che era in atto un attuale e manifesto patto di non concorrenza e non un semplice tacito accordo.

Con questa sentenza, Posner ha ammorbidito lo *standard* “*tend to exclude*” per violazioni della *Section 1*, considerando l'onere probatorio soddisfatto quando le prove fornite creano il fondato sospetto di accordi.³²⁸

Tuttavia, poiché secondo la Corte, accordi sul prezzo possono risultare solo da comunicazioni esplicite e, nel caso in questione, le comunicazioni allegate erano ambigue, le prove fornite non permettevano la deduzione di un accordo.

Tale decisione è stata fortemente criticata da parte della dottrina che ha evidenziato come essa tenda, in realtà, ad alterare o eliminare il *test*

³²⁶ *Ibidem*

³²⁷ *Fructose*, 295 F.3d 651, 663

³²⁸ Si veda, W.H. PAGE, *Communication and Concerted Action*, (*supra*, nt. 271), 62

Matsushita quando è presente una interdipendenza oligopolistica.³²⁹

La dottrina³³⁰ ha messo, altresì, in luce il diverso significato attribuito alle comunicazioni nel caso in esame e nel precedente caso *Williamson Oil*.

Tale divergenza, da un lato, riflette opposti *background* teorici (nel caso *Fructose* la scuola di pensiero di Chicago, mentre nel precedente quella di Harvard) e, dall'altro lato, differenti risultati di mercato: mentre in *Fructose*, infatti, la prova della collusione discendeva anche dalla presenza di quote di mercato stabili, in *Williamson Oil*, i convenuti hanno dimostrato significative fluttuazioni delle quote individuali, elemento che evidenzia la plausibilità di una concorrenza.

II.9.c. Il caso Flat Glass

Un bilanciamento tra le due interpretazioni appena descritte è stato effettuato dalla *Court of Appeals* del Terzo Circuito nel caso *Flat Glass*.³³¹

Nella decisione di tale caso, che aveva ad oggetto una *conspiracy* tra fabbricanti di vetro piano, i giudici federali hanno, da un lato, confermato l'interpretazione ampia del *test Monsanto-Matsushita*, ed attribuito, dall'altro, un significato pro-collusivo alle prove di comunicazioni tra imprese e della tradizione di collusione nel mercato, in conformità

³²⁹ Si veda, D.L. MEYER, *The Seventh Circuit's High Fructose Corn Syrup Decision – Sweet for the Plaintiffs, Sticky for Defendants*, Antitrust, Fall, 72 (2002)

³³⁰ Si veda, M.M. BUNDA, (*supra*, nt. 242), 203

³³¹ *In re Flat Glass Antitrust Litigation*, 385 F.3d 350 (3rd Circ., 2004)

all'impostazione suggerita da Posner nel caso *Fructose*.

Gli attori, invero, avevano allegato quali *plus factors* anche l'interesse a far parte degli accordi di fissazione dei prezzi e le condotte contrarie agli interessi individuali delle imprese, ma la *Court of Appeals* ha negato rilevanza probatoria a tali evidenze, sulla base della considerazione che raramente questi elementi riescono a dimostrare più che una mera interdipendenza.

Muovendo da tali premesse, le Corti ha concluso affermando l'esistenza della *conspiracy*, sebbene il mercato rilevante non fosse incline alla collusione.

L'uso delle prove economiche da parte dei giudici nelle valutazioni dei casi di *conspiracy* è considerato, da parte della dottrina,³³² il grande merito della scuola di Chicago in tale area. Ciò in considerazione del ruolo cruciale che tali evidenze assumono, essendo idonee a tutelare tanto le imprese presunte cospiratrici da errori nel rilevamento di una collusione, quanto gli attori che non saranno costretti ad assolvere un onere della prova eccessivo, che renderebbe impossibile dimostrare la collusione.

II.10. Il caso Brooke Group

Con questa decisione,³³³ relativa a un caso di prezzi predatori, la Corte Suprema è tornata ad affrontare la questione del requisito

³³² Si veda, J. SKOCILICH, (*supra*, nt. 312) 1330

³³³ *Brooke Group*, 509 U.S. 209 (1993)

dell'*agreement*.

In particolare, secondo l'attore i convenuti avevano attuato una pratica di prezzi predatori nei suoi confronti al fine di sanzionarlo per aver interrotto un presunto coordinamento oligopolistico dei prezzi.

Deve essere, peraltro, rimarcato come, nel caso in esame, entrambe le parti avevano interesse nel definire i comportamenti nell'industria prima delle contestazioni come legali.³³⁴

Nel decidere in merito alla domanda attorea, la Corte Suprema ha affermato che il parallelismo consapevole o la collusione tacita è il processo «*not in itself unlawful, by which firms in a concentrated market might in effect share monopoly power, setting their prices at a profit-maximizing, supracompetitive level by recognizing their shared economic interests.*»³³⁵

Questa statuizione, tuttavia, non è stata accompagnata da alcuna discussione in merito al requisito dell'accordo ai fini dell'applicazione della *Section 1* o su qualcuno dei precedenti.

II.11. Il caso Twombly e il “plausibility pleading” standard

Per la Corte Suprema l'occasione di tornare ad occuparsi della *conspiracy* nell'ambito della *Section 1* e del relativo *standard* probatorio si è presentata - a distanza di venti anni dalla decisione *Matsushita* - con il

³³⁴ Per una più approfondita analisi del caso si rinvia a J.B. BAKER, *Predatory Pricing After Brooke Group: An Economic Perspective* 62 Antitrust L.J. 585 (1994)

³³⁵ *Brooke Group*, 509 U.S. 209, 227

caso *Twombly*.³³⁶

Il caso involgeva una *conspiracy* posta in essere da quattro *Baby Bell companies* operanti nei mercati dei servizi di telefonia locale e di *internet* veloce, avente ad oggetto la decisione di astenersi dalla concorrenza reciproca e l'adozione di condotte parallele volte a scoraggiare l'ingresso di altre imprese nel mercato.

Il problema cruciale che i giudici hanno dovuto affrontare ha riguardato, ancora una volta, l'annosa questione del parallelismo dei comportamenti.

A tal proposito è di estremo interesse notare come nel caso in esame convivano elementi di continuità con la giurisprudenza tradizionale e significativi elementi di rottura con il passato.

Per quanto riguarda i profili di continuità, la Corte Suprema torna ancora una volta a ribadire che il mero parallelismo non è sufficiente a provare una violazione della *Section 1*,³³⁷ considerato che “[t]he inadequacy of showing parallel conduct or interdependence, without more, mirrors the ambiguity of the behavior: consistent with conspiracy, but just as much in line with a wide swath of rational and competitive business strategy unilaterally prompted by common perceptions of the market.»³³⁸

Al fine di sfuggire al rischio di falsi positivi, l'accusa di *conspiracy*

³³⁶ *Bell Atlantic Corp. v. William Twombly*, 550 U.S. 544 (2007).

³³⁷ Si vedano, L. KAPLOW (*supra*, nt. 8), 739; W.H. PAGE, *Twombly and communication: the emerging definition of concerted action under the new pleading standards*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 5(3), 439. Gli Autori, in particolare, rilevano come sebbene con questa sentenza la Corte Suprema abbia abbondantemente chiarito che il *conscious parallelism* non può essere un'*agreement*, non ha affatto precisato quale tipo di condotta può costituire un'*agreement*.

³³⁸ *Twombly*, 550 U.S. 544, 554

deve poggiare, dunque, su ulteriori prove che escludono la possibilità di azioni indipendenti e il cui onere di allegazione ricade sull'attore, che deve provare «*enough factual matter taken as true to suggest that an agreement was made* [grassetto aggiunto]. *Asking for plausible grounds to infer an agreement does not impose a probability requirement at the pleading stage; it simply calls for enough fact to raise a reasonable expectation that discovery will reveal evidence of illegal agreement.* [grassetto aggiunto]»³³⁹

In altre parole, muovendo dalla premessa della pacifica insufficienza probatoria del mero parallelismo, i giudici della Corte Suprema impongono a colui che agisce in giudizio l'onere di produrre, già nello stadio del *pleading*.³⁴⁰ «*further factual enhancement*» tali da considerare plausibile

³³⁹ *Ibidem*, 556

³⁴⁰ Negli Stati Uniti, così come in altri paesi appartenenti alla tradizione giuridica di *common law*, il *pleading* è la prima fase di ogni causa. In particolare, tale fase prende avvio dalla presentazione da parte dell'attore di una domanda (*complaint*), nella quale vengono individuati i motivi in fatto e in diritto in ragione dei quali la corte adita dovrebbe decidere il caso in suo favore. Il convenuto in giudizio, a sua volta, presenta un *pleading* di risposta (chiamato *answer*). I pleadings, dunque, forniscono una sorta di programma delle questioni della causa, che saranno successivamente affrontate nel dibattimento.

In origine il *common law* prevedeva una disciplina del *pleading* molto stringente, secondo la quale la produzione di *pleading* doveva continuare fino a quando le parti non individuano una questione di fatto controversa sulla quale la giuria era tenuta a pronunciarsi. Per una descrizione della tecnica del *pleading* originaria, caratterizzata da un intricato sistema di repliche e controrepliche, si rinvia a A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, Milano, UTET Giuridica, 2009, 66-68.

Anche nel sistema americano precedente (*Code Pleadings*) i *pleadings* iniziali dovevano contenere informazioni più dettagliate. Diversamente, nel diritto processuale statunitense odierno la disciplina del *pleading* si rinviene nelle disposizioni di cui al *Title III* delle *Federal Rules of Civil Procedure*. In particolare, la norma essenziale è rappresentata dalla *Rule 8*, recante *General Rules of Pleading*, che prevede alla lettera (a): «*[a] pleading that states a claim for relief must contain: (1) a short and plain statement* [grassetto aggiunto] *of the grounds for the court's jurisdiction, unless the court already has jurisdiction and the claim needs no new jurisdictional support; (2) a short and plain statement of the claim showing that*

che il parallelismo sia conseguenza di un precedente accordo e non di mere azioni indipendenti.³⁴¹

Contrariamente a quanto espressamente affermato dalla stessa Corte Suprema³⁴² e in conformità ai commenti della dottrina maggioritaria,³⁴³ è possibile rilevare come con tale decisione sia stato introdotto di fatto un nuovo *standard* probatorio incentrato su un sistema di plausibilità e volto a selezionare, in una fase precedente al dibattimento, le domande meritevoli di prosecuzione da quelle da rigettare in quanto poco documentate.

Questo *standard* del *pleading* differisce notevolmente dall'assetto

the pleader is entitled to relief; and (3) a demand for the relief sought, which may include relief in the alternative or different types of relief. [...]»

Per una approfondita e generale trattazione in merito al ruolo svolto da tale fase nel processo statunitense si vedano A. **DONDI**, *Introduzione della causa e strategie di difesa - I Il modello statunitense*, Padova, CEDAM, 1991; G.C. **HAZARD**, M. **TARUFFO**, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, il Mulino, 1993, 125.

Si vedano, altresì, V.E. **SCHWARTZ**, C.E. **APPEL**, *Rational Pleading in the Modern World of Civil Litigation: The Lessons and Public Policy Benefits of Twombly and Iqbal*, 33 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 1107 (2010); A. **GAMBOL**, *The Twombly Standard and Affirmative Defence: What is Good for the Goose is not always good for the Gander*, 79 Ford. Law Rev. 2173, 2177 (2011).

³⁴¹ In primo grado, la *District Court*, nell'affermare l'indipendenza delle condotte delle presunte società cospiratrici, aveva statuito che l'attore avrebbe dovuto produrre, oltre al parallelismo, *plus factors* tali da far diventare il parallelismo «*suspicious enough to suggest that defendants are acting pursuant to a mutual agreement rather than their own individual self-interest.*» Così, *Twombly v. Bell Atlantic Corp.*, 313 F. Supp. 2D 174; 182 (S.D.N.Y., 2003).

La sentenza della *District Court* è stata riformata dalla decisione della *Court of Appeals* che ha affermato che «*plus factors are not required to be pleaded to permit an antitrust claim based on parallel conduct to survive dismissal.*» Ciò in quanto, nella fase del *pleading*, è sufficiente che la prova allegata includa «*conspiracy among the realm of "plausible" possibilities.*» Così, *Twombly v. Bell Atlantic Corp.*, 425 F.3d 99, 114 (2nd Circ. 2005).

³⁴² 550 U.S. 544, 569: «*In reaching this conclusion, we do not apply any "heightened" pleading standard.*»

³⁴³ R.M. **STEUER**, *Plausible pleading: Bell Atlantic Corp v. Twombly*, 82 St. John's L. Rev. 861, 864 (2008); In senso contrario, A. **MARTINEZ**, *Plausibility Among the Circuits: An Empirical Survey of Bell Atlantic Corp., v. Twombly*, 61 Ark. L. Rev. 763, 767 (2009)

giurisprudenziale che per oltre un cinquantennio ha legato il rigetto della domanda attorea all'assenza di evidenze fattuali.

Ed invero, con la sentenza *Twombly*, la Corte di giustizia ha operato un *revirement* «epocale»³⁴⁴ rispetto alla dottrina “*no set of facts*” affermata nel caso *Conley*.³⁴⁵

In particolare, dopo aver esaminato la sentenza *Conley*, e le critiche che, nel corso del tempo, sono state mosse allo standard “*no set of facts*”, la Corte Suprema in *Twombly* afferma che «*Conley described the breadth of opportunity to prove what an adequate complaint claims, not the minimum standard of adequate pleading to govern a complaint's survival.*»³⁴⁶

Questa è sicuramente la parte maggiormente innovativa della decisione e non a caso su tale statuizione si è soffermata l'opinione dissenziente del giudice Stevens, cui ha aderito anche il giudice Ginsburg, secondo il quale «*the Conley Court was interested in what a complaint*

³⁴⁴ A. DONDI, *Case Law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, Milano, Giuffrè, 2008, 530; Si veda altresì, J.H. BOGART, *Living with Twombly*, 22-APR Utah B. J. 23 (2009)

³⁴⁵ *Conley v. Gibson*, 355 U.S. 41 (1957) costituisce – o, almeno, costituiva prima di *Twombly* - il *leading case* in tema di interpretazione della *Rule 8(a)*. In tale sentenza, la Corte Suprema, nel giudicare l'adeguatezza del contenuto della domanda attorea ha stabilito che «*a complaint should not be dismissed for failure to state a claim unless it appears beyond doubt that the plaintiff can prove no set of facts [grassetto aggiunto] in support of his claim which would entitle him to relief*» (45-46). E infatti, secondo un altrettanto famoso e citato passo di tale decisione «*the Federal Rules of Civil Procedure do not require a claimant to set out in detail the facts upon which he bases his claim. To the contrary, all the Rules require is “a short and plain statement of the claim” that will give the defendant fair notice of what the plaintiff's claim is and the grounds upon which it rests*» (47).

Altri casi *pre-Twombly* degni di nota in materia sono: *Charlene Leatherman v. Tarrant County Narcotics Intelligence and Coordination Unit*, 507 U.S. 163 (1993); e *Akos Swierkiewicz v. Sorema N. A.*, 534 U.S. 506 (2002).

³⁴⁶ *Twombly*, 550 U.S. 544, 563

must contain, not what it may contain.»³⁴⁷

Secondo i giudici dissenzienti, l'approccio prudenziale previsto dalla maggioranza contrasta con l'esigenza di garantire all'attore il diritto di difesa e il diritto di prosecuzione del giudizio. Di conseguenza, secondo gli stessi, in presenza di un parallelismo di condotte e altri indizi concordanti con la cospirazione la decisione di respingere la domanda deve essere considerata dalla corte in contrasto con lo scopo stesso dello *Sherman Act*.³⁴⁸

Le statuizioni in merito al *quantum* di prove richieste nello stadio del *pleading* per un proficuo esperimento di un'azione di *conspiracy* nell'ambito della *Section 1* sono uno dei punti più dibattuti anche in dottrina.

Se, infatti, da un lato, è certo che un maggiore onere della prova è richiesto all'attore durante la fase del *pleading*,³⁴⁹ persistono seri dubbi sulle ambiguità teoriche e pratiche che potrebbero discendere dall'applicazione di un siffatto *standard* della plausibilità ai casi di oligopolio.³⁵⁰

La Corte Suprema è infatti passata dal chiedere “*evidence that tends to exclude the possibility of independent action*” (*standard Matsushita*) al richiedere “*enough factual matter to suggest that an agreement was made*”

³⁴⁷ *Twombly*, 550 U.S. 544, 580

³⁴⁸ Del resto, se il legislatore ha riconosciuto il diritto di chiedere i danni punitivi nella misura dei *treble damages* al fine di incentivare il *private enforcement*, appare contraddittorio individuare un onere così gravoso in capo allo stesso attore.

³⁴⁹ In particolare gli studiosi criticano gli effetti di questa sentenza perché, in contrasto con la *ratio* delle allegazioni preliminari, sembra anticipare l'onere della prova richiesto durante la *discovery*. Così, J.H. **BOGART**, *The Supreme Court Decision in Twombly: a New Federal Pleading Standard?*, 20-OCT *Utah B. J.* 20, 20-22 (2007); e in senso analogo A.B. **SPENCER**, *Plausibility Pleading*, 49 B. C. L. Rev. 431, 446 (2008)

³⁵⁰ L. **GOLDMAN**, *Trouble for Private Enforcement of the Sherman Act: Twombly, Pleading Standards, and the Oligopoly Problem*, 2008 B.Y.U. L. Rev. 1057, 1066 (2008); A.B. **SPENCER**, (*supra*, nt. 349), 450; E.D. **CAVANAGH**, *Twombly: the Demise of Notice Pleading, the Triumph of Milton Handler, and the Uncertain future of private Antitrust Enforcement*, 28 Rev. Litig. 1, 20 (Fall, 2008).

(*standard Twombly*).

Conseguentemente, mentre in passato l'allegazione di fatti consistenti con la responsabilità era sufficiente per accedere alla *discovery*, sotto la vigenza del nuovo *standard*, è necessario che vi sia una ragionevole aspettativa di successo dell'azione.

Twombly ha, dunque, innalzato l'onere probatorio, nei casi di *conspiracy*, recependo così l'indirizzo che si era già sviluppato nelle corti inferiori come reazione alle opinioni critiche del pubblico nei confronti di un sistema processuale, percepito come «*costly, harmful, frivolous, and undemocratic.*»³⁵¹

Ed invero, la Corte Suprema nel bilanciamento tra i costi della *discovery* e i benefici derivanti dai risultati ottenuti con le azioni conclusesi con una condanna delle imprese cospiratrici ha ritenuto opportuno optare per una decisione che portasse alla riduzione dei primi.

In altre parole, l'esigenza di evitare un sistema costoso e complesso come quello della *discovery*³⁵² ha prevalso sull'importanza di perseguire

³⁵¹ S. KOMATIREDDI TICE, *A "plausible" Explanation of pleading standards: Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 127 S.Ct. 1955, (2007), 31 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 827, 868 (2008); C. MCMAHON, *The Law of Unintended Consequences: Shockwaves in the Lower Courts after Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 41 Suffolk U. L. Rev. 851, 868 (2008).

³⁵² M. HUFFMAN, *The Necessity of Pleading Elements in Private Antitrust. Conspiracy Claims*, 10 U. Pa. J. Bus. & Emp. L. 627, 628 (2008) commenta a tal proposito che «*great expensiture of resources [necessary for the] onerous, complex litigation that characterizes most private-plaintiff suits under Section 1 of the Sherman Act cannot be justified*». Inoltre, secondo l'Autore, solo un incremento nei requisiti per la domanda dell'attore potrebbe risultare effettivo distinguere da parallelismo cospiratorio dall'innocente (649-659).
In evidente contrasto con il ragionamento della Corte Suprema, E.D. CAVANAGH, (*supra*, nt. 350), 25-26, rileva l'effetto dannoso di *Twombly* nell'*enforcement antitrust*. Secondo l'Autore, infatti, «*[t]he Twombly decision bodes ill for future private antitrust litigation. Plaintiffs seem to be left with little resolution for their complicated, difficult-to-prove claims. Defendants, on the other hand, may be receiving a pass on what is potentially devastating economic*

violazioni *antitrust*, almeno attraverso lo strumento del *private enforcement*.

Ed invero, l'innalzamento dell'onere probatorio riguarda soltanto le azioni private e non pregiudica, invece, quelle governative, per le quali continuerà ad operare il vecchio *standard*.

Come evidenziato dalla dottrina,³⁵³ tale circostanza porterà ad una sorta di dipendenza *de facto* delle azioni private dall'*enforcement* governativo. Ciò in quanto gli attori privati saranno incentivati ad attendere che le azioni governative si concludano e promuovere le proprie azioni per i danni subiti soltanto dopo che la responsabilità delle società venga accertata (*follow-on-action*).³⁵⁴

Un altro aspetto particolarmente dibattuto in dottrina ha riguardato il rapporto tra *factual enhancement* e *plus factor*. In particolare, ci si è chiesti se questi due requisiti siano o meno assimilabili e, conseguentemente, se la giurisprudenza sulla teoria del *plus factor* possa essere considerata ancora valida dopo *Twombly*.

Parte della dottrina³⁵⁵ ha notato, a tal proposito, che – in effetti – tanto il *factual enhancement* quanto i *plus factors* soddisfano il requisito del

misconduct». (27) Ciò in quanto, la Corte «*is conspicuously silent on how to plead conspiracy claims in those cases where parallel conduct exists, conspiracy is suspected (and even logical), but the defendants have been successful in covering their tracks, leaving no tangible evidence of conspiratory behavior.*» (30-31)

³⁵³ Si veda, M. FILIPPELLI, (*supra*, nt. 21), 177

³⁵⁴ Denunciano gli effetti dannosi che, probabilmente, l'applicazione dello standard *Twombly* comporterà sul *private enforcement* E.D. CAVANAGH, (*supra*, nt. 350), 30-31; M. HUFFMAN, (*supra*, nt. 352), 627, secondo il quale «*[t]he use of private action to vindicate public rights is a perplexing difficulty in the enforcement of laws relating to economic regulation.*»

³⁵⁵ Si veda, R.M. STEUER, (*supra*, nt. 343), 866-867

“*something more*”, necessario per qualificare il sospetto parallelismo come una violazione della *Section 1* ed escludere l'azione indipendente.

É stato, tuttavia, anche evidenziato³⁵⁶ come questa identità di scopo non assicuri una identità nei contenuti e, conseguentemente, nella concreta applicazione di tali ampi concetti da parte dei giudici. Di conseguenza, occorre esaminare come le corti inferiori hanno interpretato la nuova nozione posta da *Twombly* per verificare il rapporto di continuità tra *factual enhancement* e i *plus factors*.³⁵⁷

Appare opportuno a tal proposito precisare che sebbene le sentenze emanate dopo *Twombly* sembrano supportare il fatto che la teoria del *plus factor* sopravviverà a *Twombly*, l'esiguità dei casi esaminati dalle *Court of Appeals* impedisce di tracciare una chiara conclusione a tal riguardo.

Del resto, anche supponendo una perfetta sovrapposizione delle due nozioni, rimarrebbe la questione di combinare questi concetti con lo standard della plausibilità e, di conseguenza, identificare il *plus factor* o il *factual enhancement*, capace in concreto di portare una domanda oltre il *pleading*.

Secondo tale dottrina, elementi come lo scambio di informazioni, i contatti tra imprese e l'evidente contrarietà delle condotte ai propri interessi continueranno ad essere adottate come supporto per una domanda di *conspiracy* ai sensi della *Section 1*; mentre, al contrario, qualche dubbio potrebbe riguardare quegli elementi che avevano già una scarsa influenza nella giurisprudenza *pre-Twombly*, come l'opportunità di cospirare, il

³⁵⁶ Si veda, M. FILIPPELLI, (*supra*, nt. 21), 172-177

³⁵⁷ Si veda, più approfonditamente il paragrafo successivo.

motivo per cospirare e specificamente la possibilità stessa di dimostrare la cospirazione attraverso l'analisi economica.³⁵⁸

Secondo altra parte della dottrina,³⁵⁹ nessuno dei fattori menzionati sopravviverà a *Twombly*.

Infine, merita di essere menzionato un altro aspetto pratico sul quale si è attestato un ampio dibattito in dottrina: quello relativo all'ambito di applicazione di tale nuovo standard.

Sulla base di una interpretazione ampia della sentenza *Twombly*, alcuni autori³⁶⁰ hanno, infatti, sostenuto che lo standard probatorio in essa indicato dovrebbe applicare a tutte le azioni civili (in tal senso, il *quantum* di prove da produrre dipenderebbe semplicemente dalla complessità della causa). Diversamente, altri autori,³⁶¹ argomentando sulla base delle ragioni specifiche del caso (ovvero i costi e i tempi della *discovery* nei casi *antitrust*) hanno avallato una interpretazione restrittiva della medesima

³⁵⁸ Si veda, M. FILIPPELLI, (*supra*, nt. 21), 175 e nt. 100, 176, rileva che sebbene l'analisi economica influenzi l'applicazione del diritto antitrust statunitense sotto molteplici aspetti (per esempio, nella definizione di mercato rilevante e nel quantificare i danni), esso gioca un ruolo secondario nella dimostrazione della cospirazione. I giudici, infatti, continuano ad approcciare il problema della collusione tacita utilizzando gli strumenti della dell'economia Neoclassica. Secondo l'autrice, questa riluttanza nell'adottare l'approccio della teoria dei giochi nell'analisi della collusione tacita è la prima causa della sostanziale impunità negli Stati Uniti, e rappresenta il principale elemento di differenza con l'approccio europeo alla medesima questione.

³⁵⁹ Si veda, R.M. STEUER, (*supra*, nt. 343), 868, ricorda che la Corte espressamente ha rigettato il fattore "motivo di cospirare", riconoscendo che «the "natural" instinct to avoid competition and to make more money rather than less is not probative of conspiracy.»

³⁶⁰ Si veda, A.B. SPENCER, (*supra*, nt. 349), 459-460, osserva che «*a complaint with an antitrust claim rooted in conspiracies based on indirect inferential evidence will require more facts to traverse the threshold of plausibility than would be needed in a case asserting the conversion of personal property.*»

³⁶¹ Critici in merito all'estensione dell'applicazione dello standard *Twombly* alle liti civili M.A. JOSEPHSON, *Some things are better left said: pleading practice after bell atlantic corp v Twombly*, 42 Ga. L. Rev. 867, 887-888 (2008); A. GAMBOL, (*supra*, nt. 340) 2205

decisione. Secondo questa dottrina, dunque, lo *standard Twombly* si applicherebbe solo ai casi *antitrust*, mentre per tutte le altre materie civili rimarrebbe in vigore il precedente standard.

I dubbi interpretativi in questione, invero, sembra che siano stati risolti da una sentenza della Corte Suprema nel caso *Ashcroft v. Iqbal*,³⁶² che, nel confermare l'applicazione di *Twombly* a tutte le cause civili, ha statuito che «[t]hough *Twombly* determined the sufficiency of a complaint sounding in antitrust, the decision was based on our interpretation and application of Rule 8. [...] That Rule in turn governs the pleading standard "in all civil actions and proceedings in the United States district courts." [...] Our decision in *Twombly* expounded the pleading standard for "all civil actions," [...], and it applies to antitrust and discrimination suits alike.»³⁶³

II.12. Alcune decisioni di conspiracy nel post-Twombly

All'indomani della emanazione della sentenza *Twombly*, le corti inferiori hanno preferito optare per una stretta interpretazione dello standard in essa indicato, rigettando diverse domande di *price conspiracy*, anche in presenza di un ammontare di prove che in precedenza sarebbe stato considerato sufficiente.

³⁶² *John D. Ashcroft et al. v. Javaid Iqbal et al.*, 556 U.S. 662 (2009)

³⁶³ *Iqbal*, 556 U.S. 662, 887

Così, ad esempio, nei casi *Travel Agent Commission*³⁶⁴ e *Graphics Processing Units*,³⁶⁵ in cui nonostante gli attori avessero prodotto in entrambi i casi prove di condotte parallele, incontri segreti tra i convenuti, annunci di aumenti di prezzo, la Corti hanno rigettato la domanda.

In particolare nel caso *Travel Agent Commission* la Corte ha escluso che lo standard *Twombly* fosse stato raggiunto, poiché, avendo esaminato tutte le prove prodotte (tra cui, scambi di informazioni, annunci di prezzo, condotte contrarie agli interessi dei singoli operatori e una storia di collusione nel mercato) separatamente, le aveva considerate compatibili sia con scelte indipendenti così come con accordi illeciti.

A tale soluzione è pervenuta anche la *Court of Appeals* del Secondo Circuito nel caso *Elevator Antitrust Litigation*³⁶⁶.

Nonostante, la rigidità del nuovo “*plausibility pleading standard*”, alcuni casi di *conspiracy* sono riusciti comunque a superare la fase del *pleading* e giungere al processo vero e proprio. Ciò è accaduto o giacché le Corti che li hanno trattati hanno preferito prendere le distanze da *Twombly* oppure perché l'ammontare di evidenze era sufficiente per considerare plausibile l'accordo.

³⁶⁴ *Travel Agent Commission Antitrust Litigation*, N. 1:30 CV 30000 (N.D. Ohio, October 29, 2007)

³⁶⁵ *Graphics Processing Units Antitrust Litigation*, N. 06-07417, (N.D. Cal., July 18, 2008) In questo caso, peraltro i convenuti erano soggetti anche ad una investigazione della Crimina Division of the Department of Justice.

³⁶⁶ *Transhorn Ltd. Et al. v. Unites Technologies Corporation et al.*, 502 F.3d 47 (2nd Circ., 2007), per un commento di tale caso si veda T.A. MCCANN, *Plaintiffs' Attorney Wince as Second Circuit Applies Tough Twombly Standard to Antitrust Suits*, in 20 Loy. Consumer L. Rev. 232, 232-245 (2008)

Rientra senz'altro nella prima ipotesi, il caso *City of Moundridge*³⁶⁷, in cui l'attore aveva rilevato che i prezzi praticati dalle imprese coinvolte erano rimasti stabili per un lungo periodo di tempo e nonostante eventi importanti (nello specifico, si trattava di un uragano), che solitamente hanno un impatto sensibile sui prezzi.

La sentenza in questione è stata motivata dai giudici del *District Court* del *District of Columbia* anche attraverso il richiamo alle intenzioni dichiarate della Corte Suprema nel caso *Twombly* di non voler aumentare lo standard probatorio del *pleading*.³⁶⁸

Diversamente, i casi, invece, che rientrano nella seconda categoria erano così ben costruiti con riferimento al richiesto *factual enactment* che la Corte non avrebbe potuto rigettare la domanda.

Nel caso *Flat Panel*,³⁶⁹ per esempio, l'attore aveva allegato prove di un mercato favorevole alla collusione, meccanismi di segnalazioni di prezzi e seguente allineamento, anomala stabilità di prezzo, e creazione di una impresa comune e di una associazione.

Appare opportuno, comunque, precisare che, in tale caso, è stato decisivo il fatto che la *District Court* avesse analizzato congiuntamente i diversi *plus factors* prodotti.

Alla luce di tale sintetica analisi della giurisprudenza *post-Twombly* è possibile affermare che le domande ammesse alla *discovery* sono basate su

³⁶⁷ *City of Moundridge v. Exxon Mobil Corp.*, 250 F.R.D. 1 (D.D.C., 2008)

³⁶⁸ Si veda, J.A. KEYTE, *Twombly: How Courts are Interpreting and Extending its Principles*, 23 Antitrust ABA 65 (2008)

³⁶⁹ *In re TFT-LCD (Flat Panel) Antitrust Litigation*, 586 F.Supp.2d 1109 (N.D. Cal. 2008)

un insieme di *factual enhancement* non così diverso dai *plus factors*.

Pare comunque opportuno precisare che, l'impatto sostanziale di *Twombly* sul modo di affrontare le *conspiracy* è ancora incerto, poiché i casi che hanno superato lo scoglio del *plausible pleading* sono ancora pochi e in alcuni casi non sono stati ancora discusse nel merito.

CAPITOLO TERZO

Parallelismo dei comportamenti e pratiche concordate nel diritto *antitrust* della UE

“La gente dello stesso mestiere raramente si incontra, anche solo per divertimento e diporto, senza che la conversazione finisca in una cospirazione contro il pubblico o in qualche escogitazione per aumentare i prezzi. È invero impossibile impedire queste riunioni con una legge che possa essere rispettata o che sia compatibile con la libertà e la giustizia. Ma sebbene la legge non possa impedire alla gente dello stesso mestiere di radunarsi talvolta, essa non dovrebbe far nulla per facilitare queste riunioni, e tanto meno per renderle necessarie”³⁷⁰

Sommario: **III.1.** *L'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea;* **III.2.** *La difficile distinzione tra accordo e pratica concordata e il rapporto con l'infrazione unica e complessa;* **III.3.** *Il parallelismo dei comportamenti e le pratiche concordate;* **III.4.** *La nozione di pratica concordata nell'evoluzione casistica: il caso Materie Coloranti;* **III.5.** *Criteri per identificare una pratica concordata;* **III.5.a.** *Contatti diretti o indiretti tra i concorrenti;* **III.5.b.** *Volontà collusiva o intenzionalità;* **III.5.c.** *Comportamenti delle imprese nel mercato e nesso di causalità;* **III.5.d.** *Irrelevanza della prova degli effetti restrittivi sul mercato;* **III.6.** *Le pratiche concordanti e il problema della prova;* **III.7.** *Il caso Pasta di legno II;* **III.8.** *Lo standard probatorio;* **III.8.a.** *Le pratiche facilitanti;* **III.8.b.** *La rilevanza dello scambio di informazioni;* **III.8.c.** *Il caso Uk Tractors;* **III.9.** *Onere della prova.*

³⁷⁰ A. SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, (supra, nt. 47) 230-231

III.1 L'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea

Nel diritto europeo della concorrenza il generale divieto di concludere intese restrittive della concorrenza³⁷¹ è sancito dalla norma

³⁷¹ Per una analisi delle intese restrittive della concorrenza si vedano, R. WHISH, (*supra*, nt. 8), 87 ss; C. BELLAMY, G CHILD, *European community law of competition*, VI ed., New York, Oxford University Press, 2008, 90 ss; M. LIBERTINI, *Le intese restrittive della concorrenza*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, III, Milano, Giuffrè, 2007, 191 ss; P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, il Mulino, 2010, 57 ss; A. NIKPAY, L. KJØLBYE, J. FAULL, *Article 81*, in J. FAULL, A. NIKPAY, *The EC law of competition*, New York, Oxford University Press, 2007, 181 ss; I. VAN BAEL, J. F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, 16 ss; V. AURICCHIO, *Contacts between competitors: developments under Italian competition law*, in *E.C.L.R.*, 4, 2010, 167 ss; P. MANZINI, *La collusione tra imprese nella disciplina antitrust comunitaria*, in *Diritto del commercio internazionale. Pratica internazionale e diritto interno*, 23.4, 2009, 831; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Torino, UTET giuridica, 2007, 71 ss; S. GOODMAN, *Application of Article 81 EC*, in M. SIRAGUSA, C. RIZZA (edited by), *EU Competition Law, vol. III. Cartel law. Restrictive Agreements and Practices between Competitors*, Leuven, Claeys & Casteels, 2007, 9 ss; A. CAPOBIANCO, *Collusion, Agreements and Concerted Practices*, (*supra*, nt. 8), 25 ss; D.G. GOYDER, J. GOYDER, A. ALBORS-LLORENS, *Goyder's EC Competition Law*, 5th ed, New York, Oxford University Press, 2009, 73 ss; A. CAPOBIANCO, R. CREATINI, *Antitrust. Lezioni e casi dall'esperienza italiana*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2006, 317 ss; A. ALBORS-LLORENS, *Horizontal agreements and concerted practices in EC competition law: Unlawful and legitimate contacts between competitors*, 51 *Antitrust Bull.* 837 (2006); O. ODODU, *The boundaries of EC Competition Law*, New York, Oxford University Press, 2006; ID., *Interpreting Article 81(1): demonstrating restrictive effects*, 26 *European Law Review*, 2001, 261; N. ABRIANI, G. COTTINO, M. RICOLFI, (*supra*, nt. 44), 565 ss; R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà della concorrenza*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI (a cura di), *La Concorrenza*, in G. AJANI, A. BENACCHIO (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2006, 28 ss; R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Bologna-Roma, Zanichelli 1993, I, 145 ss.

Si vedano, altresì, i commenti, L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, CEDAM, 2007; G. HIRSCH, F. MONTAG, F. J. SÄCKER (edited by), *Competition Law: European Community Practice and Procedure. Article by Article Commentary*, 1st ed, London, Sweet & Maxwell, 2008; A. CATRICALÀ, P. TROIANO (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercati*, Torino, Utet, 2010.

contenuta al primo paragrafo dell'articolo 101 del TFUE e resa operativa grazie alla disciplina dettata dal Regolamento di modernizzazione n. 1/2003.³⁷²

In particolare, la disposizione appena richiamata sancisce, al primo paragrafo, l'incompatibilità con il mercato interno e il divieto di tutti gli accordi tra imprese, le decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno.³⁷³

³⁷² 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, GU L1, 4 gennaio 2003 ed entrato in vigore il primo maggio 2004, che ha sostituito il precedente Regolamento (CEE) n. 17/1962 del Consiglio, primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato, GU P13, 21 febbraio 1962. Il Regolamento 1/2003, tra le diverse novità apportate, ha determinato un cambiamento epocale nel sistema di valutazione delle intese restrittive della concorrenza, sancendo il passaggio da un sistema in cui era soltanto la Commissione europea a decidere - attraverso una verifica operata *ex ante* caso per caso - la natura restrittiva o meno delle singole intese, a un sistema di autovalutazione, in cui sono le stesse imprese a operare una siffatta valutazione, salvo il successivo eventuale intervento della Commissione, laddove si ravvisino criticità concorrenziali.

³⁷³ La disposizione in esame, divisa in tre paragrafi, prevede che «1. Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel:

- a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;
- b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;
- c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;
- d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;
- e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto.

Gli elementi costitutivi della fattispecie sono, dunque, l'esistenza di coordinamento cosciente e volontario tra due o più imprese, concorrenti effettive o potenziali;³⁷⁴ l'indipendenza delle imprese coinvolte;³⁷⁵ e, infine,

3. Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili:

- a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese,

- a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e

- a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate,

che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi».

Similmente, nell'ordinamento italiano, l'articolo 2 della Legge n. 287 del 10 ottobre 1990, recante "norme per la tutela della concorrenza e del mercato", riproduce – sia pure con alcune differenze – le disposizioni contenute nell'articolo 101 TFUE. In particolare, detta disposizione prescrive, al primo comma, che «[s]ono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari»; precisando, al secondo comma, che «[s]ono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante [...]».

Appare opportuno specificare che, sebbene nel corso del presente lavoro si farà riferimento alla normativa comunitaria, ciò non dipende dalla volontà di escludere dal campo di analisi lo studio nella normativa italiana, quanto piuttosto dalla circostanza che l'esame del tema trattato può essere effettuato congiuntamente per l'ordinamento comunitario e per quello italiano. Ciò, non soltanto, in quanto le norme *antitrust* italiane riproducono sostanzialmente quelle comunitarie, ma anche in considerazione del fatto che il legislatore italiano ha previsto espressamente all'articolo 1, quarto comma, della Legge n. 287/90 che tali norme debbano essere interpretate sulla base dei principi elaborati a livello comunitario. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato e i giudici nazionali, infatti, applicano la normativa *antitrust* nazionale in perfetta sintonia con i principi che reggono la disciplina comunitaria.

³⁷⁴ Ai fini dell'applicazione delle regole comunitarie in materia di intese assume un ruolo centrale la nozione di impresa. Tale nozione non è stata, tuttavia, individuata dal legislatore europeo, che ha preferito lasciare libero l'interprete di individuare il significato più appropriato da attribuire a detto termine in considerazione delle innumerevoli forme che può assumere l'attività d'impresa. Le Autorità deputate all'applicazione della normativa *antitrust* hanno provveduto a colmare tale lacuna, elaborando, secondo un criterio teleologico-funzionale, una definizione molto ampia che comprende qualsiasi attività economica volta alla produzione o scambio di beni o servizi in un determinato mercato, a prescindere dallo *status*, dalle modalità di organizzazione e dal finanziamento del soggetto giuridico che la

che il coordinamento abbia per oggetto o per effetto di pregiudicare in maniera sensibile il commercio tra Stati membri.³⁷⁶

esercita. In particolare, rientrano nella definizione di impresa, gli imprenditori, le società lucrative, le cooperative, i consorzi, le società consortili, così come i liberi professionisti, gli ordini professionali, le associazioni di categoria, le associazioni di secondo grado. Sono considerati impresa, nel caso in cui svolgano attività economica, anche gli enti pubblici e le fondazioni.

Nella giurisprudenza europea, *ex multis*, si vedano a titolo esemplificativo, Corte di Giustizia, 23 aprile 1991, *Klaus Höfner e Fritz Elser contro Macrotron GmbH*, C-41/90, Racc. 1991 I-1979, paragrafi 21 ss; Corte di Giustizia, 18 giugno 1998, *Commissione v. Italia*, C-35/96, Racc. 1998 I-3851, paragrafo 36; Corte di Giustizia, 19 febbraio 2002, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, C-309/99, Racc. 2002 I-1577, paragrafo 46; e, più di recente, Corte di Giustizia, 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri A/S e altri v. Commissione*, C-189/02, Racc. 2005 I-5425, paragrafo 112.

In dottrina, si vedano, C. TOWNELY, *The Concept of "Undertaking": the Boundaries of the Corporation – A Discussion of Agency, Employees and Subsidiaries*, in G. AMATO, C.D. EHLERMANN (edited by), *EC Competition Law. A Critical Assessment*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2007, 3 ss; D.G. GOYDER, J. GOYDER, A. ALBORS-LLORENS, (*supra*, nt. 371), 74; D. CORAPI, B. DE DONNO, *L'impresa*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, in M. BESSONE, (diretto da), *Trattato di diritto privato*, II, Torino, Giappichelli, 2^a ed., 2006, 1197 ss; G. GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1993, 227. Più risalenti i contributi di A. GRISOLI, *Impresa comunitaria* (voce), in *Enciclopedia giur. Treccani*, XVI, 1989, 1-3; A. SPADAFORA, *La nozione di impresa nel diritto comunitario*, in *Giust. Civ.*, II, 1990, 283.

³⁷⁵ Perché l'intesa sia rilevante ai fini antitrust è, altresì, necessario che essa intervenga tra due o più imprese indipendenti. In tal senso, deve, dunque, escludersi la configurabilità di una intesa qualora derivi da azioni unilaterali in senso stretto (ovvero, tutti quei comportamenti che un'impresa assume in assenza di qualsiasi tipo di coordinamento con altre imprese, che, al più, potrebbero rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 102 TFUE nel caso in cui l'impresa in questione detenesse potere di mercato); nonché qualora avvenga tra entità appartenenti allo stesso gruppo, giacché, in questo caso, la società sottoposta a controllo non dispone di autonomia decisionale nella determinazione del proprio comportamento nel mercato. In dottrina e giurisprudenza, si parla di un'unica entità economica. In dottrina, si vedano, R. WHISH, (*supra*, nt. 8), 91 ss; V. DONATIVI, *Impresa e gruppo nella legge antitrust*, Milano, Giuffrè, 1996; F. DENOZZA, *La disciplina delle intese nei gruppi*, Milano, Giuffrè, 1984. Per una recente ricostruzione della nozione di unità economica si veda, L. LA ROCCA, *Profili problematici dell'imputazione soggettiva della sanzione antitrust*, Torino, Giappichelli, 2010, 169 ss

³⁷⁶ In merito alla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri, si veda la comunicazione della Commissione — Linee direttrici la nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, GU C 101/81, 27 aprile 2004. Tale

Come è dato evincere dalla normativa citata, il *genus* intesa si caratterizza per il fatto di essere, almeno in linea di principio, notevolmente ampio, comprendendo qualunque forma di cooperazione, collaborazione o interazione tra le imprese.

La *ratio* del divieto risiede nella volontà di impedire tutti quei comportamenti collusivi che siano in grado di alterare sensibilmente il meccanismo competitivo, attraverso l'eliminazione dell'incertezza circa i comportamenti futuri dei concorrenti.³⁷⁷ Ciò in quanto, ciascun operatore deve determinare autonomamente e indipendentemente la propria strategia nel mercato.³⁷⁸

comunicazione, nel recepire tutta la giurisprudenza comunitaria, fornisce gli orientamenti generali e le linee applicative sul tema.

È bene puntualizzare che il requisito della sensibilità del pregiudizio al commercio tra gli Stati membri è un criterio autonomo di giurisdizione volto a individuare la normativa, nazionale o comunitaria, applicabile a una data fattispecie. Tale criterio va tenuto distinto dalla nozione di “restrizione sensibile della concorrenza” oggetto di una specifica comunicazione della Commissione relativa agli accordi irrilevanti, in quanto di importanza minore (gli accordi cosiddetti *de minimis*). Il riferimento, in questo ultimo caso, è alla comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità europea (*de minimis*), GU C 368/13, 22 dicembre 2001.

Al riguardo, si veda, P. SABA, M. BOCCACCIO, *La nozione di pregiudizio al commercio tra Stati Membri (art. 101, par. 1, TFUE)*, in A. CATRICALÀ, P. TROIANO (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercati*, Torino, Utet, 2010, 5 ss; C. BELLAMY, G. CHILD, (*supra*, nt. 371) 138 ss

³⁷⁷ Uno dei motivi per cui la disposizione in esame è talmente ampia discende dal recepimento degli insegnamenti della scuola di Friburgo, in ragione della quale, costituiva restrizione della concorrenza qualsiasi limitazione della libertà d'azione delle imprese. Per una nota critica, R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà della concorrenza*, 2006, (*supra*, nt. 371), 30

Per un maggiore approfondimento sul pensiero della scuola di Friburgo si rinvia al paragrafo I.5 del presente lavoro.

³⁷⁸ La finalità del divieto, si badi bene, non è quella di vietare *tout court* qualsivoglia forma di cooperazione tra imprese, sol perché limitative della libertà decisionale delle imprese coinvolte. Ben si può presentare il caso di accordi che, seppur restrittivi dell'autonomia contrattuale delle parti, determinano vantaggi economici sostanziali, ad esempio, attraverso la

Al fine di comprendere in un'unica norma tutte le manifestazioni di collusione che hanno la medesima natura, il citato primo paragrafo dell'articolo 101 TFUE enumera i concetti di accordi, decisioni di associazioni di impresa e, infine, pratiche concordate.

L'individuazione di una definizione di tali concetti giuridici e le indicazioni sulla base delle quali operare le opportune distinzioni, in assenza di una indicazione normativa in tal senso, si devono, ancora una volta, al notevole lavoro ermeneutico compiuto nel corso degli anni dalle Corti europee, dalla Commissione e dalla dottrina.³⁷⁹

Di seguito verranno indicati nei termini essenziali i risultati di detta

costituzione di uno strumento idoneo a condividere i rischi, ridurre i costi, aumentare gli investimenti, mettere in comune il *know-how*, aumentare la qualità e la varietà dei prodotti e lanciare più rapidamente le innovazioni sul mercato. In tutte queste ipotesi, considerati gli effetti procompetitivi e i benefici generati dalla collaborazione, sarebbe controproducente valutare in modo rigoroso il divieto previsto dalla normativa antitrust, pertanto, tali intese, sebbene soggette al divieto di cui al paragrafo 1 dell'articolo 101 TFUE, possono godere dei benefici della deroga disciplinata dal successivo paragrafo 3.

Si vedano, in proposito, le misure adottate, dal Regolamento (UE) n. 1217/2010 della Commissione, del 14 dicembre 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a talune categorie di accordi ricerca e sviluppo, in *GU L 335/36*, 18 dicembre 2010, e dal Regolamento (UE) n. 1218/2010 della Commissione, del 14 dicembre 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a talune categorie di accordi di specializzazione, in *GU L 335/43*, 18 dicembre 2010; e dalla Comunicazione della Commissione — Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, in *GU C 11/1 del 14 gennaio 2011*; e, in passato, già adottate con il Regolamento (CE) n. 2659/2000 della Commissione, del 29 novembre 2000, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi in materia di ricerca e sviluppo, in *GU L 304/7*, 5 dicembre 2000; il Regolamento (CE) n. 2658/2000 della Commissione, del 29 novembre 2000, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi di specializzazione, in *GU L 304/3*, 5 dicembre 2000; e la Comunicazione della Commissione — Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale, pubblicata in *GU C 3/2*, 6 gennaio 2001.

³⁷⁹ M. LIBERTINI, *Pratiche concordate e accordi nella disciplina della concorrenza*, in *Giornale Dir. Amm.*, 5, 1997, 443 ss

evoluzione interpretativa per ciò che riguarda l'individuazione dei caratteri che contraddistinguono le tre forme giuridiche nelle quali si estrinseca il concetto di intesa, soffermandosi successivamente sulla pratica concordata.

Nel diritto comunitario della concorrenza, la nozione di accordo è particolarmente estesa, esprimendo – in generale - una convergenza di volontà delle parti che vi accedono.³⁸⁰ Perché si possa parlare di accordo, infatti, è requisito essenziale – e, al contempo, sufficiente - che le imprese abbiano manifestato la loro volontà comune di comportarsi in un determinato modo sul mercato,³⁸¹ indipendentemente dalla forma assunta (espressa o per *facta concludentia*) e dalla idoneità a produrre obblighi giuridicamente vincolanti.³⁸²

³⁸⁰ La nozione di accordo è stata fornita per la prima volta in tali termini dalla giurisprudenza nella sentenza del Tribunale di Primo Grado, 26 ottobre 2000, *Bayer AG c. Commissione delle Comunità europee*, T-41/96, Racc. 2000 II-3383, paragrafo 69, a mente del quale «la nozione di accordo [...] si struttura sull'esistenza, tra almeno due parti, di una comune volontà, il cui modo di manifestarsi non è rilevante, purché sia fedele espressione della volontà delle parti stesse.»

³⁸¹ Tale orientamento è quello seguito, sin dai provvedimenti più risalenti, dalla Commissione, così, ad esempio nella decisione della Commissione, 69/240/CEE, 16 luglio 1969 relativa ad una procedura a norma dell'articolo 85 del Trattato CEE, IV/26.623 - *Intesa internazionale della chinina*, in GU L 192/5, 5 agosto 1969; sostanzialmente confermata dalla sentenza della Corte di Giustizia, 15 luglio 1970, *ACF Chemiefarma NV c. Commissione delle Comunità europee*, C-41/69, Racc. 1970 661; *Buchler & Co. c. Commissione delle Comunità europee*, C-44/69, Racc. 1970 733; *Boehringer Mannheim GmbH c. Commissione delle Comunità europee*, C-45/69, Racc. 1970 769. Si veda altresì la, più recente, sentenza della Corte di Giustizia in seduta plenaria, 6 gennaio 2004, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV e Commissione delle Comunità europee c. Bayer AG*, Cause riunite C-2/01 e C-3/01 P, Racc. 2004 I-23, paragrafi 97, 102.

³⁸² Da tale, sia pur estremamente sintetica, definizione è dato evincere la moltitudine di fattispecie che possono essere comprese nella nozione di accordo. A titolo esemplificativo, possono essere annoverati non solo i contratti giuridicamente vincolanti, ma anche i protocolli di intesa, nonché tutte le convenzioni derivanti da un incontro di volontà, quali, ad esempio, le lettere di intenti, i *gentlemen's agreements*.

Al fine di garantire il massimo grado di effettività alla disciplina in materia di intese, la Commissione ha ampliato la nozione di accordo fino a comprendere condotte assimilabili ad

Con la locuzione “decisioni di associazioni di imprese” si fa riferimento a tutte quelle forme di coordinamento che avvengono per il tramite, o con il concorso, di associazioni o di altre organizzazioni collettive.³⁸³

Infine, la pratica concordata, considerata una categoria generale e residuale, opera come clausola di chiusura del sistema, alla quale possono essere ricondotte tutte quelle ipotesi in cui, **pur mancando la manifestazione del consenso tipica di un accordo, si è in presenza di una consapevole collaborazione pratica fra le imprese finalizzata a realizzare iniziative comunque idonee ad alterare la libertà di concorrenza.**³⁸⁴

atti unilaterali e impartite da un'impresa, come nell'ipotesi di condizioni contrattuali predisposte unilateralmente dai produttori nei confronti dei propri distributori. La Corte di Giustizia ha, tuttavia, cercato di porre un freno a questa tendenza. Si veda, in tal senso, la sentenza della Corte di Giustizia, 13 luglio 2006, *Commissione v. Volkswagen AG*, C-74/04 P, Racc. 2006 I-6585, della quale di seguito si riporta la massima, che chiarisce che «*[p]er poter costituire un accordo ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE [oggi, 101, n. 1, TFUE] è sufficiente che un atto o un comportamento apparentemente unilaterale sia espressione della comune volontà di almeno due parti, non essendo di per sé determinante il modo con cui tale comune volontà si manifesta.*»

³⁸³ Possono essere annoverate all'interno di questa ampia categoria le deliberazioni formali assunte a norma dello statuto o del regolamento e, in generale, tutte le manifestazioni di volontà degli organismi associativi: le indicazioni non vincolanti o di riferimento, i comunicati stampa, le circolari e le raccomandazioni.

Come evidenziato da R. WHISH, (*supra*, nt. 8), 102, questa categoria assume una certa importanza nei mercati caratterizzati da un'offerta frammentata, nei quali ai fini del raggiungimento di un risultato collusivo, si rende necessario l'intervento di una associazione che disponga in relazione al comportamento anticoncorrenziale dei membri. Si veda altresì A. NIKPAY, L. KJØLBYE, J. FAULL, (*supra*, nt. 371), 210.

In riferimento a tale categoria, nel diritto italiano sono sorti, in un primo momento, alcuni dubbi interpretativi, derivanti del fatto che l'articolo 2 della L. 287/90 non utilizza il termine “decisione”, bensì il termine, apparentemente più tecnico, “deliberazione”. Tali dubbi sono oggi ampiamente superati. Sul punto, si rinvia alle osservazioni di R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, 1993, (*supra*, nt. 371), 178

³⁸⁴ Sui problemi inerenti la nozione di pratica concordata e sulla sua applicazione si

In ragione dell'ampiezza delle fattispecie ad essa riconducibili e dei suoi confini sfumati, la nozione di pratica concordata è quella che ha destato maggiori problemi interpretativi.

In particolare, un interessante e costante dibattito in dottrina e giurisprudenza si è sviluppato in merito a due questioni cruciali: la distinzione tra pratica concordata e accordo e la possibile riconduzione nella divieto di pratiche concordate del parallelismo dei comportamenti.

Di seguito si affronterà, sinteticamente, la prima questione; mentre, nel prosieguo, verrà esaminata nel dettaglio la seconda.

Prima di procedere, si ritiene opportuno sottolineare che nel definire gli elementi strutturali dell'intesa si è registrata nell'applicazione del diritto della concorrenza una certa confusione concettuale tra i requisiti sostanziali della fattispecie e gli elementi probatori.³⁸⁵ In particolare, la nozione di pratica concordata è stata per lungo tempo costruita concettualmente come se si riferisse ad un accordo mancante di prova certa, sebbene dimostrata attraverso dati indiziari gravi precisi e concordanti. In tempi più recenti, come avremo modo di verificare più avanti, l'analisi si è affinata e la definizione di pratica concordata ha acquisito una certa autonomia anche sul piano sostanziale.

tornerà ampiamente nel prosieguo.

³⁸⁵ Si veda, M. LIBERTINI, *Concorrenza*, (*supra*, nt. 22), 193-194

III.2. La difficile distinzione tra accordo e pratica concordata e il rapporto con l'infrazione unica e complessa

Il compito di individuare con esattezza i caratteri distintivi della pratica concordata rispetto all'accordo è reso particolarmente difficile dal fatto che i due concetti condividono la medesima natura giuridica, dalla continuità concettuale delle due figure e dalla sostanziale irrilevanza delle forme e delle modalità nelle quali può concretarsi il concorso di volontà.

Il dibattito, da un punto di vista teorico, si è assestato su due orientamenti.

Secondo un primo orientamento,³⁸⁶ accordi e pratica concordata rappresentano le due facce della medaglia rappresentata dall'intesa. Ed invero, tanto l'accordo quanto la pratica concordata implicano l'esistenza di una cooperazione tra le imprese finalizzata a rimuovere o, comunque, ridurre la concorrenza all'interno del mercato interno. Secondo tale orientamento dottrinale, dunque, entrambe le fattispecie presuppongono l'esistenza di una comunione di intenti tra i partecipanti alla concertazione, distinguendosi l'una dall'altra solamente sotto il profilo probatorio. Di conseguenza, il fatto che in talune decisioni si parli di accordi e in altre di pratiche concordate deriva semplicemente dal fatto che, mentre nel primo

³⁸⁶ A. ALBORS-LLORENS, (*supra*, nt. 371), 840; A. NIKPAY, L. KJØLBYE, J. FAULL, (*supra*, nt. 371), 215; R. WHISH, (*supra*, nt. 8), 104; M. LIBERTINI, *Pratiche concordate e accordi*, (*supra*, nt. 379), 443 ss. R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà della concorrenza*, 2006, (*supra*, nt. 371), 41; ID., *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, 1993, (*supra*, nt. 371), 168 precisa che le pratiche concordate non costituiscono un concetto altro rispetto a quello di accordo, ma neanche una sia appendice verbale. La pratica concordata, infatti, rappresenterebbe l'accordo nella sua fase attuativa, presupponendolo senza però risolversi in esso.

caso sono state raccolte prove definitive dell'esistenza di obblighi, socialmente apprezzabili sebbene giuridicamente nulli, da parte delle imprese; nella seconda ipotesi non è stato possibile provare l'esistenza di un accordo, ma solo di un comportamento coordinato spiegabile esclusivamente come attuazione di una particolare interrelazione delle imprese nel mercato.

Secondo un secondo diverso orientamento, l'esposta interpretazione, considerando la pratica concordata come una specificazione dell'accordo, è limitativa della nozione di pratica concordata, che invece si caratterizza e distingue dall'accordo per il diverso ambito oggettivo di applicazione. Secondo tale dottrina, la fattispecie pratica concordata è configurabile quando, pur essendovi stata una concertazione tra imprese nella forma delle comunicazioni suscettibile di limitare l'incertezza dei concorrenti, l'accordo non può considerarsi perfezionato a causa dell'assenza dell'assunzione di impegni delle parti.³⁸⁷

Nella prassi, invero, è assai plausibile che a monte di una pratica concordata tra le imprese vi sia un accordo celato che non è possibile rinvenire o dimostrare direttamente.

È bene, tuttavia, precisare che tale circostanza, seppure ricorrente, non è strettamente necessaria. Esistono, infatti, molteplici livelli e

³⁸⁷ O. ODODU, (*supra*, nt. 371) 80. Tale orientamento rievoca l'opinione (invero, isolata) di G. BERNINI, (*supra*, nt. 44), 321. Tale Autore indicava come criterio di differenziazione delle fattispecie «*la verifica, in capo alle parti, di un intento di obbligarsi giuridicamente*». Per Bernini, infatti, «*la pratica concordata [...] si estrinseca in un comportamento di mero fatto, guidato da un elemento volitivo di variabile gradazione: che spazia, cioè, da una mera coscienza del comportamento altrui alla piena adesione allo stesso mediante un vero e proprio concerto d'azione*», mentre l'accordo implica impegno a livello giuridico.

gradazioni di collusione ed è possibile che alcuni di essi non richiedano l'esistenza di accordi.

Le difficoltà insite nell'operazione concettuale volta all'individuazione di tale sfumato confine sono ancora maggiori laddove si consideri la fattispecie dell'infrazione unica e complessa.³⁸⁸

Al di là delle indubbie diversità che da un punto di vista teorico e semantico caratterizzano le pratiche concordate e gli accordi, infatti, la Commissione ha spesso ritenuto di non dover operare tale distinzione nell'applicare il divieto di intese.³⁸⁹ Ciò proprio in quanto il divieto è operante in generale contro qualsiasi coordinamento lesivo della concorrenza.

Già nella decisione del caso Polipropilene, la Commissione ha affermato che «[l]e nozioni di «accordi» e «pratiche concordate» sono distinte, ma possono verificarsi fattispecie in cui la collusione presenta elementi di entrambe queste forme di cooperazione illecita.»³⁹⁰

³⁸⁸ Si vedano, R. WHISH, (*supra*, nt. 8), 99; A. PAPPALARDO, (*supra*, nt. 371), 83 ss; P. FATTORI, M. TODINO, (*supra*, nt. 371), 69 ss; P. MANZINI, (*supra*, nt. 371), 821 ss; F. GHEZZI, *Trattato che istituisce la Comunità Europea. Articolo 81*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, CEDAM, 2007, 2407 ss

³⁸⁹ In numerosi casi la Commissione ha affermato che la cooperazione tra imprese costituisce «un accordo o quanto meno una pratica concordata». Si vedano, a titolo esemplificativo, Decisione della Commissione 80/182/CEE, 28 novembre 1979, riguardante una procedura ai sensi dell'articolo 85 del trattato CEE, IV/29.672 – FLORAL, GU L-39/51, 15 febbraio 1980; 94/987/CE, 21 dicembre 1994, relativa ad un procedimento in forza dell'articolo 85 del trattato CE, IV/32.948 - IV/34.590, *Tretorn ed altri*, GU L-378/45, 31 dicembre 1994; 94/599/CE, 27 luglio 1994, relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 85 del trattato CE, IV/31.865, PVC, GU L-239/14, 14 settembre 1994.

³⁹⁰ Decisione della Commissione 86/398/CEE del 23 aprile 1986, relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 85 del trattato CEE, IV/31.149 – *Polipropilene*, GU L 230/1, 18 agosto 1986, paragrafo 86. Il caso, in particolare, riguardava un'intesa tra operatori dell'industria petrolchimica, nella quale le imprese avevano in modo continuativo concordato

Secondo l'opinione della Commissione, infatti, «[l]a creazione, nel trattato, di una nozione separata di «pratica concordata» ha lo scopo di precludere l'evenienza di intese suscettibili di eludere l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 1 [oggi 101, paragrafo 1] che, senza configurare un vero e proprio accordo, costituiscono in pratica una consapevole collaborazione a danno della concorrenza.»³⁹¹

Alla luce di tali considerazioni, pertanto, ciò che rileva non è «tanto la distinzione tra «pratica concordata» e «accordo» quanto quella tra forme di collusione che ricadono sotto l'articolo 85, paragrafo 1 [oggi 101, paragrafo 1] e il semplice comportamento parallelo privo di qualsiasi elemento di concertazione.»³⁹²

Con tale decisione, per la prima volta, la Commissione sancisce il principio sostanzialista in virtù del quale, quando l'infrazione risulti composta da elementi di entrambe le figure giuridiche, per cui la distinzione rilevante è quella tra collusione e non collusione, mentre la riconduzione della condotta anticoncorrenziale alla fattispecie di accordo o pratica concordata assume un rilievo solo secondario.

Il ragionamento, la cui *ratio* si rinviene nell'intento di garantire l'effetto utile dell'articolo 101 del TFUE, assicurandone la piena applicazione a tutte le forme di coordinamento delle imprese nel mercato,³⁹³ è stato oggetto di notevoli critiche da parte delle imprese sanzionate, in

prezzi e quote individuali di vendita nel mercato comunitario mediante un sistema organizzato di contatti periodici.

³⁹¹ *Ibidem*, paragrafo 87

³⁹² *Ibidem*

³⁹³ Si vedano, P. SABA, M. BOCCACCIO, (*supra*, nt. 376), 24; A. PAPPALARDO, (*supra*, nt. 371), 83

quanto, secondo le ricorrenti, non terrebbe in adeguata considerazione le differenze fra le due forme di cooperazione.

Le Corti europee, tuttavia, respingendo ogni eccezione in tal senso, hanno confermato interamente l'impianto argomentativo della Commissione.

Specificamente, il Tribunale di Primo Grado, con la sentenza *Rhône Poulenc*,³⁹⁴ ha affermato che, in tema di infrazione complessa, la duplice qualifica di accordo e pratica concordata non deve essere intesa «*come una qualifica che richieda simultaneamente e cumulativamente la prova che ciascuno di tali elementi di fatto possieda i fattori costitutivi di un accordo e di una pratica concordata, ma nel senso che essa designa un tutto complesso di elementi di fatto, taluni dei quali sono stati qualificati accordi ed altre pratiche concordate ai sensi dell' art. 85, n. 1, del Trattato CEE [oggi, 101, n. 1 del TFUE], il quale non prevede qualifiche specifiche per questo tipo di infrazione complessa.*»³⁹⁵

La validità di tale orientamento è stato sancito definitivamente dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Anic Partecipazioni*.³⁹⁶ Con tale sentenza, peraltro, i giudici di Lussemburgo compiono un ulteriore passo in avanti chiarendo che «*dal punto di vista soggettivo, [le nozioni di accordo e pratica concordata] ricomprendono forme di collusione che condividono la stessa natura e si distinguono solo per la loro intensità e per le forme con*

³⁹⁴ Tribunale di Primo Grado, 24 ottobre 1991, *Rhône-Poulenc SA c. Commissione delle Comunità europee*, T-1/89, Racc. 1991 II-867, avente ad oggetto il ricorso diretto all'annullamento della decisione della Commissione del 23 aprile 1986, *Polipropilene*.

³⁹⁵ *Ibidem*, paragrafo 127

³⁹⁶ Corte di Giustizia, 8 luglio 1999, *Commissione delle Comunità europee v. Anic Partecipazioni SpA.*, C-49/92 P, Racc. 1999 I-4125

cui si manifestano. Di conseguenza, sebbene le nozioni di accordo e di pratica concordata presentino elementi costitutivi parzialmente diversi, esse non sono reciprocamente incompatibili.»³⁹⁷

III.3. Il parallelismo dei comportamenti e la pratica concordata

Una maggiore cautela e attenzione è, invece, richiesta alla Commissione e agli altri organi deputati all'applicazione del diritto della concorrenza, nella valutazione dei fenomeni di parallelismo, specie in mercati oligopolistici.

Ed invero, mentre in un mercato in cui sono presenti e operano un elevato numero di imprese il parallelismo delle condotte può, con maggiore facilità, essere ricondotto all'esistenza di un'intesa, in un mercato oligopolistico è più difficile applicare il divieto di intese restrittive in mancanza di un accordo espresso, in ragione del diritto di ogni impresa di adattarsi intelligentemente al comportamento dei propri concorrenti.

Orbene, poiché il parallelismo dei comportamenti si realizza pur in assenza di accordi tra le imprese, occorre verificare se e in quale misura il parallelismo consapevole possa essere ricondotto nell'ambito della nozione di pratiche concordate di cui all'articolo 101 TFUE.

In tal senso, stabilire quando una condotta è il risultato di un'azione concordata - piuttosto che unilaterale - e, dunque, vietata dalla legislazione *antitrust* implica due questioni di cruciale importanza. La prima riguarda la

³⁹⁷ *Ibidem*, paragrafo 131-132

dimensione concettuale della pratica concordata,³⁹⁸ mentre la seconda attiene all'aspetto probatorio.

Nei paragrafi che seguono, verranno analizzate entrambe queste due problematiche.

III.4. La nozione di pratica concordata nell'evoluzione casistica: il caso Materie Coloranti

La Corte di Giustizia ha affrontato, per la prima volta, la questione della definizione di pratica concordata e della possibile assimilazione al parallelismo consapevole nei primi anni Settanta, in sede di valutazione della legittimità della decisione della Commissione nel caso Materie Coloranti.³⁹⁹

Con tale decisione la Commissione ha inflitto una ammenda a dieci società per aver posto in essere una pratica concordata di fissazione della percentuale degli aumenti di prezzo e delle modalità di applicazione di tali

³⁹⁸ Si vedano, S. STROUX, *US and EC Oligopoly Control*, (*supra*, nt. 15), 71; C. OSTI, (*supra*, nt. 42), 186 ss; In senso critico, E.A. RAFFAELLI, *L'evoluzione del concetto di posizione dominante collettiva*, (*supra*, nt. 59), 39; ma anche ID., *Oligopolio e normativa antitrust*, in Atti del convegno di Treviso, *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 1995, 34

³⁹⁹ Il riferimento è alle sentenze della Corte di Giustizia, 14 luglio 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd v. Commissione*, C-48/69, Racc. 1972 I-619; *J. R. Geigy AG v. Commissione*, C- 52/69, Racc. 1972 I-787; *Sandoz AG v. Commissione*, C-53/69, in Racc. 1972 I-845; che si sono pronunciate sulla legittimità della decisione della Commissione, 69/243/CEE, 24 luglio 1969, relativa ad una procedura a norma dell'articolo 85 del Trattato CEE, IV 26.267, *Materie Coloranti*, in GU L 195/11, 7 agosto 1969.

aumenti nel settore delle materie coloranti.⁴⁰⁰

Nel caso in esame, erano stati osservati tre incrementi simultanei dei prezzi da parte dei produttori (che detenevano congiuntamente una quota pari all'80% della produzione europea nel periodo 1964-1967) ed era stata rilevata una divisione del mercato europeo in 5 mercati nazionali. Tali mercati presentavano diverse strutture di costi, cosicché era altamente improbabile che gli aumenti potessero essere giustificati da una interdipendenza derivante dalla struttura del mercato. Inoltre, pur in assenza di un accordo, la Commissione, non soltanto, era riuscita a provare che le imprese avevano predisposto un meccanismo per avvertire le imprese circa il successivo aumento, ma anche che vi erano stati tra le stesse degli incontri in cui avevano discusso sui prezzi.

Le imprese coinvolte hanno contestato l'impianto argomentativo su cui si basava la decisione della Commissione, sostenendo che essa fosse fondata sull'inadeguata conoscenza del mercato dei prodotti in questione, nonché sull'errata interpretazione della nozione di pratica concordata, che identifica quest'ultima col consapevole comportamento parallelo dei partecipanti all'oligopolio. *Secondo la prospettazione delle ricorrenti, infatti, in realtà, gli aumenti contestati erano il risultato di decisioni unilaterali di ciascuna impresa, suggerite da imperativi economici di carattere obiettivo.*⁴⁰¹

⁴⁰⁰ Decisione della Commissione, *Materie Coloranti*, 16

⁴⁰¹ In uno dei considerando della decisione della Commissione, *Materie Coloranti*, 12, infatti, si legge che «rispondendo agli addebiti e nel corso dell'audizione, le imprese interessate hanno negato che gli aumenti constatati nel 1964, 1965 e 1967 siano il risultato di pratiche concordate; che esse sostengono, in particolare, trattarsi soltanto di un comportamento parallelo, ciascuna impresa conformando su ciascun mercato il proprio

I Giudici comunitari, nel confermare la decisione della Commissione, hanno definito il concetto di pratica concordata come «*una forma di coordinamento fra le imprese che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce **consapevolmente** [grassetto aggiunto] una collaborazione pratica fra le stesse ai rischi della concorrenza.*»⁴⁰²

Posto che l'accordo si definisce come l'espressione della comune volontà delle parti di tenere un determinato comportamento, la pratica concordata, secondo la Corte, si distinguerebbe dall'accordo, in quanto, per natura, essa non presenta tutte le caratteristiche di un accordo, ma «*la sua esistenza si può desumere dal coordinamento che si concreta nella condotta*

comportamento a quello del produttore che aveva per primo proceduto all'aumento; che ciò costituirebbe una prassi perfettamente normale in un mercato oligopolistico nel quale tutti i produttori si conoscono, conoscono i prezzi praticati da ogni concorrente e nel quale, allorché per effetto di un'erosione continua dei prezzi dovuta ad una serie di piccole concessioni individuali di prezzo fatte, dopo ogni aumento, alla clientela in seguito alla presentazione di offerte più favorevoli da essa ottenute dai produttori concorrenti, tali prezzi sono scesi ad un livello troppo basso per le imprese e una di esse, e cioè quasi sempre quella che occupa la posizione più forte nel mercato, decide di aumentare i propri prezzi, le altre si allineano immediatamente su di essa; che tali imprese non avrebbero interesse ad agire diversamente sia perché non sarebbero in grado di aumentare la loro produzione così rapidamente come sarebbe necessario per poter far fronte a un brusco aumento della domanda che la loro decisione di mantenere i vecchi prezzi non mancherebbe di provocare, sia perché, dato il basso livello dei prezzi, esse non avrebbero alcun vantaggio a scatenare un'aspra concorrenza di prezzi con gli altri produttori».

⁴⁰² Corte di Giustizia, *Imperial Chemical Industries*, paragrafo 64

Anche nella giurisprudenza italiana, tale definizione può dirsi ormai acquisita, si veda, la sentenza del Consiglio di Stato, n. 1671, 20 marzo 2001, in cui il giudice amministrativo ha affermato che «*[n]ella pratica concordata manca un accordo espresso, ma vi è una forma di coordinamento fra imprese che sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza [...] Nella pratica concordata vi è un comportamento costante, uniforme, parallelo di una pluralità di imprese, frutto di una tacita volontà comune, vale a dire di una concertazione che, pur non formalizzata in un accordo, emerge dalla univocità dei comportamenti concreti.*»

*dei partecipanti.»*⁴⁰³

Mentre, dunque, nell'accordo prevarrebbe il fattore soggettivo (la volontà), nella pratica concordata il fattore oggettivo (la condotta sul mercato).⁴⁰⁴

Per quanto attiene al parallelismo consapevole, la Corte di Giustizia ha spiegato che esso di per sé non rientra nella fattispecie della pratica concordata, sebbene ne possa rappresentare «*un serio indizio, [grassetto aggiunto] qualora porti a condizioni di concorrenza che non sono quelle normali di mercato, tenuto conto dei prodotti, dell'entità e del numero delle imprese nonché del volume del mercato stesso.*»⁴⁰⁵

Secondo la Corte «*[c]iò si verifica quando il comportamento parallelo permette alle imprese di trovare l'equilibrio dei prezzi ad un livello diverso da quello che si sarebbe determinato in un regime di concorrenza, nonché di cristallizzare le posizioni acquisite, a detrimento dell'effettiva libertà di circolazione delle merci nel mercato comune e della libera scelta dei fornitori da parte dei consumatori.*»⁴⁰⁶

Per quanto concerne la materia oggetto del nostro interesse, la Corte di Giustizia ha chiarito che, sebbene ogni produttore sia libero di modificare a suo piacimento i propri prezzi tenendo in considerazione, a tal fine, il comportamento - attuale o prevedibile - dei propri concorrenti, è, tuttavia, «*in contrasto con le norme del Trattato il fatto che un produttore collabori in un modo qualsiasi coi suoi concorrenti per stabilire di comune accordo*

⁴⁰³ *Ibidem*, paragrafo 65

⁴⁰⁴ Si veda, A. PAPPALARDO, (*supra*, nt. 371), 81

⁴⁰⁵ Corte di Giustizia, *Imperial Chemical Industries*, paragrafo 66

⁴⁰⁶ *Ibidem*, paragrafo 67

la linea d'azione relativa ad un aumento dei prezzi, e per garantirne l'attuazione, eliminando in anticipo qualsiasi incertezza circa il reciproco comportamento in merito agli elementi essenziali dell'azione stessa.»⁴⁰⁷

In altre parole, i giudici di Lussemburgo con tale sentenza riconoscono il diritto delle imprese di adattare intelligentemente le loro strategie di mercato alle condotte già esistenti e anticipate dei concorrenti, anche in mercati concentrati e oligopolistici.⁴⁰⁸

III.5. Criteri per identificare una pratica concordata

Nelle successive decisioni, le Corti europee hanno continuato a sviluppare progressivamente la definizione di pratica concordata enunciata nel caso *Materie Coloranti*, individuando in modo sempre più preciso i criteri sulla base dei quali distinguere tra una pratica concordata illecita e un parallelismo lecito.

L'evoluzione giurisprudenziale ha, in particolare, individuato tre condizioni che necessariamente devono sussistere perché possadirsi integrata la fattispecie pratica concordata: l'esistenza di contatti diretti o

⁴⁰⁷ *Ibidem*, paragrafo 118. Per un'opinione critica alla sentenza in esame si vedano i commenti di F.A. MANN, *The Dyestuffs Case in the Court of Justice of the European Communities*, 22 Int'l & Comp. L. Q. 35 (1973); V. KORAH, *Concerted Practices*, in *Modern Law Review*, 36, 1978, 220-226. Questi studiosi, in particolare, esprimevano preoccupazione nei confronti di una possibile interpretazione eccessivamente ampia del giudicato, data dalla possibilità di dichiarare l'illegittimità del parallelismo solo sulla base di evidenze economiche.

⁴⁰⁸ Si noti, sin d'ora, che con tale decisione la Corte di Giustizia si è allineata a quanto statuito dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America nel caso *Theatre Enterprises* 346 U.S. 537 (1954).

indiretti tra i concorrenti; una volontà collusiva o un'intenzionalità nell'adottare la condotta comune; nonché un nesso di causalità tra i contatti e i comportamenti delle imprese. Non è, invece, necessario che la concertazione abbia prodotto degli effetti nel mercato.

III.5.a. Contatti diretti o indiretti tra i concorrenti

Affinché possa dirsi integrata una pratica concordata è necessario, come accennato, che vi sia una qualche forma di coordinamento o di cooperazione pratica tra imprese che si sostituisca alla loro azione indipendente.

Tale coordinamento in concreto si traduce nell'esistenza di contatti diretti o indiretti tra gli operatori che abbiano per oggetto o effetto quello di influenzare le condotte nel mercato o di svelare i comportamenti futuri dei concorrenti, eliminando, in tal modo, il rischio insito nello svolgimento dell'attività imprenditoriale in un regime di concorrenzialità.

La casistica comunitaria in merito al requisito dei contatti tra concorrenti è molto ricca.

Degno di nota è, in particolare, quanto statuito dalla Corte di Giustizia nella sentenza del caso *Industria europea dello zucchero*,⁴⁰⁹ con la

⁴⁰⁹ Il riferimento è alla sentenza della Corte di Giustizia, 16 dicembre 1975, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA e altri v. Commissione*, cause riunite C-40-48, 50, 54-56, 111, 113 e 114/73, in Racc. 1975 II-1663, che si è pronunciata sulla legittimità della decisione della Commissione, 2 gennaio 1973, relativa ad una procedura d'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CEE, caso IV/26.918 - *Industria europea dello zucchero*, in GU L 140/17, 26 maggio 1973.

quale i giudici di Lussemburgo, tornati a pronunciarsi in tema di pratiche concordate, hanno precisato la nozione indicata nella sentenza del caso *Materie coloranti*, chiarendo che «[i] criteri del coordinamento e della collaborazione, messi in evidenza nella giurisprudenza della Corte, **non richiedono l'elaborazione di un vero e proprio "piano"** [grassetto aggiunto]»⁴¹⁰ ma vanno intesi alla luce della l'esigenza, caratterizzante l'intera disciplina *antitrust* comunitaria, che le imprese adottino autonomamente e indipendentemente le proprie condotte commerciali.

Ad avviso della Corte, infatti, sebbene tale esigenza non escluda il diritto degli operatori economici di «*reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti, [...] vieta però rigorosamente che fra gli operatori stessi abbiano luogo contatti diretti o indiretti* [grassetto aggiunto] *aventi lo scopo o l'effetto di influire sul comportamento tenuto sul mercato da un concorrente attuale o potenziale, ovvero di rivelare ad un concorrente il comportamento che l'interessato ha deciso, o prevede, di tenere egli stesso sul mercato.*»⁴¹¹

Nel successivo caso *Züchner*,⁴¹² la Corte di Giustizia ha puntualizzato che anche il parallelismo dei comportamenti può costituire

⁴¹⁰ Corte di Giustizia, *Suiker Unie*, paragrafo 173

⁴¹¹ *Ibidem*, paragrafo 174. Si veda, in termini analoghi, anche, la più recente sentenza Corte di Giustizia, 2 ottobre 2003, *Eurofer ASBL v. Commissione delle Comunità europee*, C-179/99 P, Racc. 2003 I-10725, paragrafi 42-43

⁴¹² Corte di Giustizia, 14 luglio 1981, *Gerhard Züchner c. Bayerische Vereinsbank AG.*, C-172/80, Racc. 1981 2021; conformi a tale orientamento sono, altresì, le sentenze della Corte di Giustizia, 8 luglio 1999, *Hüls AG contro Commissione delle Comunità europee*, C-199/92 P, Racc. 1999 I-4287, paragrafi 157-160; Tribunale di Primo Grado, 15 marzo 2000, *Cimenteries CBR e altri c. Commissione delle Comunità europee*, Cause riunite T-25-26, T-30-32, T-34-39, T-42-46, T-48, T-50-65, T-68 -71, T-87 -88, T-103-104/95, Racc. 2000 II-491, paragrafo 3924.

una pratica concordata vietata dal paragrafo 1 dell'articolo 101 TFUE, laddove «*il giudice nazionale accerti che tale parallelismo [...] possiede le caratteristiche di coordinamento e di collaborazione che contraddistinguono una pratica del genere e che questa è atta a pregiudicare in misura rilevante la concorrenza sul mercato.*»⁴¹³

Una volta chiarito che il coordinamento delle imprese deve avvenire per il tramite di contatti, pare opportuno individuare in maniera più puntuale che cosa debba intendersi con tale espressione.

È bene, dunque, in primo luogo, precisare che i contatti tra imprese possono assumere le forme più varie. Essi possono essere formali o informali e possono avvenire sia direttamente che per il tramite di associazioni.

In particolare, tra le forme più comuni in cui si concretizzano i contatti tra imprese possono essere annoverati la partecipazione a riunioni anticoncorrenziali⁴¹⁴ e lo scambio di informazioni sensibili sotto un profilo concorrenziale (ad esempio, lo scambio di informazioni in merito agli aumenti dei prezzi che si intendono praticare nel mercato).⁴¹⁵

I contatti tra imprese devono avere per oggetto o come effetto

⁴¹³ Si veda, Corte di Giustizia, 14 luglio 1981, *Züchner*, paragrafo 22

⁴¹⁴ Si veda, P. MANZINI, (*supra*, nt. 371), 833. Secondo l'Autore, esemplificativa di tale aspetto è la sentenza del Tribunale di Primo Grado, *Rhône-Poulenc*. Nel caso di specie, i giudici comunitari, hanno affermato che le imprese, partecipando a riunioni in cui si scambiavano informazioni sui prezzi futuri e sui rispettivi volumi di vendita, perseguivano lo scopo di eliminare anticipatamente l'incertezza relativa al comportamento futuro dei concorrenti. Ad avviso del Tribunale di Primo Grado, infatti, le imprese, al fine di definire le politiche da seguire sul mercato, avrebbero necessariamente tenuto conto delle informazioni scambiate nel corso di dette riunioni. In tal senso si veda, il paragrafo 123 della citata sentenza.

⁴¹⁵ Per una più approfondita analisi in merito allo scambio di informazioni si rinvia al paragrafo III.8.b del presente lavoro.

l'alterazione delle condizioni di concorrenza. Di conseguenza, perché i gli stessi possano assurgere a pratica concordata uno dei presupposti indispensabili è costituito dalla reciprocità che deve contraddistinguere i comportamenti.⁴¹⁶

Come affermato in giurisprudenza,⁴¹⁷ il requisito della reciprocità è soddisfatto quando la divulgazione, effettuata da un concorrente a un altro, delle intenzioni o della condotta futura del primo sul mercato sia stata richiesta o, quanto meno, accettata dal secondo.

Per dimostrare l'esistenza di una pratica concordata non è quindi necessario provare che un operatore economico si sia formalmente impegnato, nei confronti di uno o più terzi, ad adottare una qualsiasi condotta o che i concorrenti abbiano stabilito d'accordo il loro comportamento futuro sul mercato. E' sufficiente che, mediante la sua dichiarazione di intenti, l'operatore economico abbia eliminato o, quanto meno, sostanzialmente ridotto l'incertezza relativa al comportamento che si può ipotizzare che esso tenga sul mercato.

Infine, la Corte di Giustizia, in una recente sentenza resa a seguito di un rinvio pregiudiziale da parte dell'Autorità Giudiziaria dei Paesi Bassi, ha affrontato il tema relativo al numero dei contatti necessari a dar vita ad una concertazione vietata.⁴¹⁸

In tale circostanza, in particolare, il supremo giudice europeo,

⁴¹⁶ Si veda, R. **PARDOLESI**, *Intese restrittive della libertà della concorrenza*, 2006, (*supra*, nt. 371), 43

⁴¹⁷ Così, Tribunale di Primo Grado, *Cimenteries*, 1849-1852.

⁴¹⁸ Il riferimento è alla sentenza della Corte di Giustizia, 4 giugno 2009, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV e Vodafone Libertel NV v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, C-8/08, Racc. 2009 I-4529.

chiarendo una posizione già espressa nel caso *Anic Partecipazioni*⁴¹⁹, ha definitivamente affermato che nulla preclude a che una pratica concordata si consideri integrata anche in presenza di un unico contatto.

Secondo quanto statuito dalla Corte di Giustizia, infatti, «*la frequenza, la periodicità e la forma dei contatti fra concorrenti necessari affinché abbia luogo una concertazione del loro comportamento sul mercato dipendono sia dall'oggetto della concertazione, sia dalle corrispondenti condizioni di mercato.*»⁴²⁰ Se, dunque, «*la concertazione è puntuale e mira ad un'armonizzazione una tantum del comportamento sul mercato in ordine a un singolo parametro concorrenziale, anche una sola presa di contatto potrà essere sufficiente a realizzare lo scopo anticoncorrenziale perseguito dagli operatori interessati.*»⁴²¹

III.5.b. Volontà collusiva o intenzionalità

In base ai principi ispiratori della materia, nei casi di pratica concordata, così come avviene per gli accordi, è necessario che sussista un intento collusivo o, in generale, che vi sia una qualche forma di consenso tra i partecipanti alla concertazione.

Il requisito della volontà collusiva è stato evocato per la prima volta dalla Corte di Giustizia nella sentenza del caso *Materie Coloranti* con cui i

⁴¹⁹ Si veda, Corte di Giustizia, *Anic Partecipazioni*, paragrafo 121

⁴²⁰ Si veda, Corte di Giustizia, *T-Mobile Netherlands*, paragrafo 60

⁴²¹ *Ibidem*. Nello stesso senso, si vedano i paragrafi 104-105 delle conclusioni dell'avvocato generale Kokott del 19 febbraio 2009.

giudici hanno dichiarato l'illegittimità del sistema di annunci preventivi sui prezzi per mezzo del quale le imprese sostituivano «*consapevolmente*»⁴²² forme di collusione ai normali meccanismi concorrenziali.

Alcuni studiosi, proprio argomentando su questa pronuncia, hanno sottolineato il ruolo cruciale dell'elemento dell'intenzionalità. Secondo questi autori, il fatto che la Corte faccia riferimento alla consapevolezza non può che portare a escludere dall'ambito di applicazione dell'articolo 101 TFUE tutti i comportamenti (anche paralleli) inconsapevoli.⁴²³

Diversamente, secondo altra parte della dottrina, posto che il coordinamento necessariamente richiede un'incontro di volontà, il riferimento alla consapevolezza semplicemente conferma la necessità di un coordinamento e, di conseguenza, esso può dirsi incluso nella definizione di pratica concordata.⁴²⁴

Il diritto *antitrust* comunitario, invero, attribuisce una particolare rilevanza all'intento collusivo, considerato il parametro sulla base del quale è possibile distinguere tra condotte lecite e illecite.

E, del resto, non sembra che possa essere altrimenti, considerato peraltro che uno dei principi ispiratori dell'intera disciplina *antitrust* è quella di preservare il diritto degli operatori economici di determinare autonomamente la condotta che intendono seguire sul mercato interno.

⁴²² Si veda, Corte di Giustizia, *T-Mobile Netherlands*, paragrafo 64

⁴²³ Si vedano in tal senso, J.M. JOSHUA, S. JORDAN, *Combinations, Concerted Practices and Cartels: Adopting the Concept of Conspiracy in European Community Competition Law*, 24 Nw. J. Int'l L. & Bus. 647, 665-666 (2004); M. GUERRIN, G. KYRIAZIS, *Cartels: proof and procedural issues*, 16 Fordham Int'l L.J. 266, 280 (1993).

⁴²⁴ Si vedano, C. OSTI, (*supra*, nt. 42), 153; O. BLACK, *Concerted Practices, Joint Action and Reliance*, in *E.C.L.R.*, 24, 2003, 222

L'importanza attribuita all'intento collusivo assume un ruolo ancor più nodale alla luce del parallelismo dei comportamenti.

A tal proposito, pare opportuno, sin d'ora, puntualizzare un aspetto molto importante quando si affronta tale problema del parallelismo: la distinzione tra parallelismo consapevole e parallelismo oligopolistico.⁴²⁵ Ed invero, soltanto la prima locuzione sottolinea una caratteristica del parallelismo, ovvero la sua ontologica intenzionalità, che può portare all'applicazione del divieto di pratiche concordate sancito dall'articolo 101 TFUE.⁴²⁶

Diversamente, nel caso di mero parallelismo oligopolistico, la soluzione comunemente accolta è quella di escludere l'applicazione del divieto di pratiche concordate, considerato che generalmente esso rappresenta una conseguenza naturale della struttura concentrata del mercato e, dunque, suscettibile di essere spiegato razionalmente come comportamento autonomo e non invece come risultato di una consapevole collaborazione.

III.5.c. Comportamenti delle imprese nel mercato e nesso di causalità

Come attestato in numerosi casi dalla Corte di Giustizia, la nozione di pratica concordata implica, oltre alla concertazione fra le imprese in

⁴²⁵ Si veda, M. FILIPPELLI, (*supra*, nt. 21), 22, nt. 8

⁴²⁶ Si veda, R. WHISH, (*supra*, nt. 8), 547, osserva a tal riguardo che, nella la terminologia giuridica la locuzione "parallelismo consapevole" richiama «*something sufficiently conspiratorial that it should really be investigated, if at all, under article 81*»

merito agli elementi concorrenziali, anche una successiva condotta comune sul mercato e l'esistenza di un nesso di causalità fra questi due elementi.⁴²⁷

In particolare, se le imprese partecipanti alla concertazione restano attive sul mercato si deve presumere che esse abbiano tenuto conto delle informazioni scambiate con i loro concorrenti per determinare il proprio comportamento su tale mercato. Ciò a maggior ragione allorché la concertazione si sia protratta regolarmente nel corso di un lungo arco temporale.

Perché la concertazione sia illecita, in altre parole, deve avere una ricaduta concreta e diretta sulla condotta delle imprese coinvolte, nel senso che queste, nell'assumere le proprie decisioni commerciali, devono tenere in considerazione gli esiti della concertazione stessa.

La Corte di Giustizia, nella sentenza *T-Mobile Netherlands* ha precisato che, indipendentemente dal numero di riunioni tra gli operatori interessati, ciò che rileva è il fatto di accertare se i contatti (o il singolo contatto) abbiano consentito alle imprese coinvolte di tenere conto delle informazioni scambiate al fine di determinare la propria condotta nel mercato e, dunque, sostituire consapevolmente al rischio concorrenziale una cooperazione pratica.

Secondo i giudici di Lussemburgo, inoltre, laddove venga accertata l'esistenza di una concertazione tra gli operatori economici e venga, altresì dimostrato che tali operatori siano rimasti attivi sul mercato di riferimento «è legittimo esigere che essi forniscano la prova che la concertazione in

⁴²⁷ Si veda, Corte di Giustizia, *Anic Partecipazioni*, paragrafo 118; 8 luglio 1999, *Hüls*, paragrafo 161; e da ultimo, *T-Mobile Netherlands*, paragrafo 51.

*questione non ha influito in alcun modo sul loro comportamento sul detto mercato.»*⁴²⁸ In siffatte ipotesi, opera sempre una presunzione circa l'esistenza di un nesso causale tra la concertazione e il comportamento sul mercato di cui trattasi, con conseguente inversione dell'onere probatorio in capo alle imprese.⁴²⁹

III.5.d. Irrilevanza della prova degli effetti restrittivi sul mercato

Sebbene il concetto di pratica concordata presume che vi sia stata una condotta concreta e attuale nel mercato, non richiede necessariamente che la condotta in questione abbia prodotto l'effetto di restringere, falsare o alterare la concorrenza.⁴³⁰

Infatti, anche in assenza di effetti anticoncorrenziali, se la pratica concordata ha un oggetto anticoncorrenziale (come nel caso di scambio di informazioni sensibili),⁴³¹ ricade comunque nell'ambito di applicazione del divieto di cui al paragrafo 1 dell'articolo 101 TFUE.⁴³²

Al fine di provare l'esistenza di una pratica concordata, in tali casi, la

⁴²⁸ Si veda, Corte di Giustizia, *T-Mobile Netherlands*, paragrafo 61

⁴²⁹ *Ibidem*, paragrafo 62

⁴³⁰ Si veda, Corte di Giustizia, *Anic Partecipazioni*, paragrafi 122-124, 127

⁴³¹ Per una più approfondita analisi in merito allo scambio di informazioni si rinvia *infra*, al paragrafo III.8.b del presente lavoro.

⁴³² Per un commento critico sull'irrelevanza della prova degli effetti anticoncorrenziali in caso di oggetto illecito si veda P. MANZINI, (*supra*, nt. 371), 834. L'Autore, in particolare, muovendo dal riconoscimento della natura dei contatti come fonte di un obbligo contrattuale, considera l'assenza del reale coordinamento nel mercato come la mancata conclusione di tale obbligo, circostanza che escluderebbe l'applicazione della normativa antitrust. Di conseguenza, egli considera la soluzione affermata in giurisprudenza come impropria.

Commissione non è necessariamente tenuta a dimostrare che la concorrenza sia effettivamente impedita, ristretta o falsata, né che sussista un nesso diretto fra tale pratica e i prezzi al dettaglio, in quanto, le pratiche concordate sono vietate dall'articolo 101 TFUE qualora abbiano un oggetto anticoncorrenziale e indipendentemente dagli effetti che esse producono sul mercato.

La *ratio* di tale attestazione discende direttamente dal dato testuale dalla norma citata che sancisce il divieto di accordi e pratiche concordate aventi **per oggetto o per effetto** una restrizione della concorrenza, ponendo così le due condizioni non come cumulative, ma come alternative.

Secondo una costante e risalente giurisprudenza sul tema,⁴³³ confermata dalla più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia,⁴³⁴

⁴³³ Si vedano, a titolo esemplificativo, le sentenze della Corte di Giustizia, 13 luglio 1966, *Établissements Consten S.à.R.L. e Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commissione della C.E.E.*, Cause riunite C-56 e 58/64, Racc. 1966 429, 520; 21 settembre 2006, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied c. Commissione delle Comunità europee*, C-Causa C-105/04 P, Racc. 2006 I-8725, paragrafo 125; 20 novembre 2008, *Competition Authority c. Beef Industry Development Society Ltd e Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd.*, C-209/07, Racc. 2008 I-8637, paragrafo 16.

⁴³⁴ Il riferimento è alla sentenza della Corte di Giustizia, *T-Mobile Netherlands*, paragrafi 28-31, 43.

Il caso riguardava alcuni operatori telefonici sanzionati dalla Autorità garante locale perché, in una riunione svoltasi tra gli stessi operatori nel 2001 si era discusso, oltre che di informazioni riservate anche dei modi attraverso i quali ridurre i compensi per i rivenditori degli abbonamenti. A seguito della sanzione economica comminata dall'Autorità garante nazionale, le società hanno presentato ricorso all'Autorità Giudiziaria, che ha sottoposto alla Corte di Giustizia una domanda pregiudiziale per ottenere un'interpretazione autentica dell'art. 101 TFUE.

Secondo i giudici di rinvio, la pratica concordata tra gli operatori non riguardava né i prezzi al dettaglio che gli stessi avrebbero praticato né le tariffe di abbonamento che gli stessi avrebbero dovuto fatturare ai consumatori finali. L'oggetto sarebbe stato, invece, costituito dai compensi che questi operatori dovevano corrispondere ai rivenditori per le prestazioni di servizi effettuate senza alcun impatto sui prezzi degli abbonamenti. Secondo la magistratura dei paesi bassi, inoltre, sarebbe sempre opportuno verificare gli effetti di una pratica

l'alternatività di tali condizioni, espressa dalla disgiunzione “o” rende necessario, innanzitutto, considerare l'oggetto stesso della pratica concordata, tenuto conto del contesto economico nel quale quest'ultima deve trovare applicazione. Nel caso in cui, invece, l'analisi del tenore della pratica concordata non rivelasse un consistente pregiudizio alla concorrenza, occorrerebbe prendere in esame i suoi effetti e, per poterla vietare, dovrebbero sussistere tutti gli elementi che comprovano che il gioco della concorrenza è stato di fatto impedito, ristretto o falsato in modo sensibile.

La differenza tra “infrazioni per oggetto” e “infrazioni per effetto”, del resto, verte sulla circostanza per cui talune forme di collusione tra imprese possono essere considerate, per loro stessa natura, nocive al buon funzionamento del normale gioco della concorrenza.⁴³⁵

Si pensi, ad esempio, alle intese di fissazione dei prezzi, alla limitazione della produzione, alla compartimentazione dei mercati, alla ripartizione della clientela, ovvero a tutte quelle fattispecie considerate *hard core restrictions*, per le quali opera - volendo utilizzare la terminologia

concordata, per evitare che un comportamento possa essere considerato come intenzionato ad ottenere risultati anticoncorrenziali quando, invece, risulta che non ha avuto effetti restrittivi. La lettura data dai giudici europei alla norma del Trattato è stata assolutamente contraria a questa interpretazione e si pone su una linea più avanzata di tutela della libertà di concorrenza. Per i giudici di Lussemburgo, infatti, una pratica concordata ha un oggetto anticoncorrenziale quando, per le sue finalità, tenuto conto del contesto economico e giuridico nel quale si inserisce, è concretamente idonea a falsare il gioco della concorrenza nel mercato comune.

Sullo stesso piano della giurisprudenza comunitaria si pone anche la giurisprudenza nazionale, per la quale la sola esistenza dell'oggetto dell'intesa, indipendentemente dal fatto se abbia o no provocato effetti concreti nel mercato, può essere produttivo di lesioni alla regola di libera concorrenza. È sufficiente infatti anche la sola potenzialità lesiva dell'accordo per ritenere quest'ultimo contrastante con l'articolo 2 della Legge n. 287 del 1990.

⁴³⁵ Si veda, Corte di Giustizia, *Beef Industry*, paragrafo 17

antitrust propria dell'esperienza statunitense - un divieto *per se*.

III.6. Le pratiche concordate e il problema della prova

In tema di pratiche concordate, il secondo nodo problematico da sciogliere attiene al regime probatorio, sia per quanto riguarda il tipo di prova che deve sussistere, sia per quanto riguarda l'identificazione del soggetto su cui ricade il relativo onere.

Il compito di identificare e provare gli elementi costitutivi di una pratica concordata potrebbe essere (e di fatto è) nella prassi assai arduo, giacché le imprese tendono sempre più ad affinare le tecniche collusive a loro disposizione, riducendo al minimo i contatti tra le stesse, e sono sempre più attente nel nascondere gli indizi significativi della collusione.

Partendo, dunque, dal presupposto che è alquanto difficile, se non impossibile, acquisire una "prova piena" della pratica concordata, la verifica dell'effettiva esistenza di un'intesa vietata richiede, in assenza di espliciti accordi, un'indagine comparativa di tipo induttivo tra gli elementi probanti l'illecito e gli elementi che potrebbero spiegare altrimenti il comportamento.

Spesso, in particolare, all'interno di un dato mercato l'unico elemento dal quale è possibile desumere la violazione della normativa *antitrust* è costituito dall'adozione in parallelo da parte dei diversi operatori economici delle medesime scelte strategiche.⁴³⁶

Tuttavia, alla luce del costante orientamento della Corte di Giustizia,

⁴³⁶ Si veda, S. GOODMAN, (*supra*, nt. 371), 16-17

il mero parallelismo dei comportamenti tra rivali – ovvero, quel parallelismo che deriva dalla semplice osservazione delle strategie attuate dai rivali o dalle previsioni in merito ai comportamenti futuri degli stessi – deve considerarsi lecito.⁴³⁷

Siffatta conclusione è tanto più valida, quanto più il mercato è concentrato, in ragione delle caratteristiche strutturali degli oligopoli e i principi economici che disciplinano la materia.

Con la statuizione che il mero parallelismo oligopolistico non può essere direttamente attaccabile, la questione fondamentale da risolvere diventasse e in presenza di quali circostanze il parallelismo può essere ricompreso nell'ambito di applicazione dell'articolo 101 TFUE, ovvero, in altre parole, se e in che misura il parallelismo consapevole può costituire una prova, sia pur circostanziale, dell'esistenza di una pratica concordata.

La Corte di Giustizia ha fornito una risposta a tali interrogativi nella nota decisione del caso *Pasta di legno II*,⁴³⁸ considerato per tale motivo il *leading case* in materia e al quale - pertanto – si ritiene opportuno dedicare un apposita trattazione.

⁴³⁷ Si veda, A. CAPOBIANCO, *Collusion*, (*supra*, nt. 8), 48

⁴³⁸ Il riferimento è alla sentenza della Corte di Giustizia, 31 marzo 1993, *A. Ahlström Osaakeyhtiö e altri c. Commissione delle Comunità europee*, Cause riunite C-89, 104, 114, 116 -117, 125-129/85, Racc. 1993 I-1307.

In dottrina, si vedano, *ex multis*, i commenti di G. VAN GERVEN, E. NAVARRO VERONA, *The Wood pulp case and the future of concerted practices*, in *C.M.L.R.*, 31, 1994, 608 ss; R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà della concorrenza*, 2006, (*supra*, nt. 371), 65 ss; C. OSTI, *Il lato oscuro dell'antitrust: qualche dubbio in più*, in *Foro it.*, 1994, IV, 76 ss

III.7. Il Caso Pasta di legno II

Il caso aveva ad oggetto una presunta pratica concordata posta in essere dai produttori europei di pasta di bianchita di solfato (comunemente nota come pasta di legno) per applicazioni nel settore della carta. Tali imprese stipulavano con i propri clienti contratti a lunga durata (sino a cinque anni) con la garanzia di acquisti periodici trimestrali. Prima dell'inizio di ciascun trimestre, simultaneamente o quasi, tutti i produttori comunicavano ai propri clienti e agli agenti i prezzi che sarebbero stati praticati, rendendoli altresì pubblici. Da siffatti annunci emergeva un quadro in cui sembrava che i produttori di pasta di legno si muovessero all'unisono come se avessero concordato una strategia comune, che l'Europa fosse divisa in due zone (nord e sud) e che in alcuni mercati i produttori imponevano ai propri clienti anche divieti di rivendita e di esportazione.

Sulla base di tali evidenze e confortata dai severi precedenti della Corte di Giustizia in tema di parallelismo dei comportamenti, la Commissione ha ritenuto che i principali produttori di pasta di legno fossero stati coinvolti nel periodo tra 1975 e il 1981 in pratiche concordate volte alla fissazione dei prezzi nel mercato europeo.⁴³⁹

Ad avviso della Commissione, infatti, sebbene non vi fossero prove di accordi espliciti, la validità della propria tesi era fondata su due fattori. Il primo, riguardava il fatto che gli scambi di informazioni diretti o indiretti

⁴³⁹ Decisione della Commissione 85/202/CEE, del 19 dicembre 1984, relativa ad una procedura ai sensi dell'articolo 85 del trattato CEE, IV/29.725 - Pasta per carta, GU L 85/1, 26 marzo 1985

avevano creato una trasparenza artificiale nel mercato; il secondo, era costituito dall'analisi economica del mercato condotta dalla Commissione che dimostrava l'assenza di oligopolio ristretto, che portava necessariamente a escludere che le condotte parallele assunte dalle imprese nel mercato potessero essere considerate come una risposta indipendente e razionale alle caratteristiche del mercato.⁴⁴⁰

In appello, tuttavia, la Corte ha sostanzialmente annullato la decisione della Commissione, ritenendo che il sistema di annunci trimestrali di prezzo vigente sul mercato della pasta di legno non costituisse, in quanto tale, una violazione delle norme comunitarie a tutela della concorrenza.⁴⁴¹

Ed invero, secondo quanto si legge nella sentenza, il fatto che i produttori di polpa di legno comunicassero gli incrementi di prezzo agli utilizzatori in anticipo non costituisce un'azione atta a ridurre le incertezze di ciascuna impresa circa il futuro atteggiamento dei suoi concorrenti. Ciò in quanto, nel momento in cui vi procede, la singola impresa non ha alcuna certezza in merito al comportamento che sarà adottato dalle concorrenti.⁴⁴²

Secondo i giudici di Lussemburgo, in assenza di prove documentali che dimostrino l'esistenza di una concertazione tra i produttori interessati, è *«necessario accertare se il sistema degli annunci trimestrali di prezzo, la simultaneità o la quasi simultaneità degli annunci e il parallelismo dei prezzi annunciati riscontrato durante il periodo 1975-1981 costituiscono un complesso di indizi seri, precisi e concordanti di una previa*

⁴⁴⁰ *Ibidem*, paragrafi 83-89

⁴⁴¹ Si veda, Corte di Giustizia, *Ahlström*, paragrafo 65

⁴⁴² *Ibidem*, paragrafo 64

concertazione. [grassetto aggiunto]»⁴⁴³

In particolare, la Corte sottolinea che «[n]el determinare quale sia il valore probante di questi vari elementi, si deve ricordare che il parallelismo di comportamenti può essere considerato prova di una concertazione soltanto qualora la concertazione ne costituisca l'unica spiegazione plausibile. E' infatti importante tener presente che l' art. 85 [oggi, 101] del Trattato, mentre vieta qualsiasi forma di collusione atta a falsare il gioco della concorrenza, non esclude il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti».⁴⁴⁴

Al fine di verificare se il parallelismo dei comportamenti allegato dalla Commissione non possa, tenuto conto delle circostanze concrete del caso (la natura dei prodotti, l' entità e il numero delle imprese e il volume del mercato), spiegarsi altrimenti che con la concertazione, la Corte ha commissionato una perizia economica.

Dalle valutazioni peritali è emerso che, in realtà, il sistema degli annunci rispondeva a una esigenza dello specifico mercato (quali, la rigidità della domanda di pasta di legno e il lungo termine dei contratti) e che la simultaneità degli annunci dei prezzi era semplicemente dovuta alla grande trasparenza del mercato, a sua volta alimentata dagli scambi di informazioni tra i compratori e quelli che avvenivano per il tramite degli agenti.

Gli esperti, inoltre, hanno evidenziato l'esistenza di prove che suggerivano che non vi sarebbe potuta essere una concertazione: ad

⁴⁴³ *Ibidem*, paragrafo 70

⁴⁴⁴ *Ibidem*, paragrafo 71

esempio, le quote di mercato variavano frequentemente; i membri del supposto cartello non avevano cercato di stabilire quote di produzione, cosa che invece avrebbero dovuto fare se avessero voluto controllare il mercato.

In conformità alle conclusioni cui sono pervenuti i periti, la Corte ha ritenuto che il parallelismo dei prezzi potesse essere spiegato come il risultato del normale funzionamento del mercato tendenzialmente oligopolistico⁴⁴⁵ e non, invece, come esito di una concertazione.

Con questa importante pronuncia la Corte ha indicato quale debba essere il criterio di discriminare tra le circostanze nelle quali il comportamento collusivo può essere spiegato come effetto di una pratica concertata da quelle in cui esso è il semplice risultato dell'adattamento intelligente delle imprese alle reciproche strategie.

Secondo la Corte, in particolare, il parallelismo dei comportamenti può costituire evidenza di una concertazione solo nell'ipotesi in cui il coordinamento esplicito e non la struttura oligopolistica del mercato, rappresenti la sola spiegazione plausibile del parallelismo⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ Gli esperti hanno considerato che il mercato fosse più ristretto rispetto a quanto avesse ritenuto la Commissione, e che in ragione di alcuni problemi economici i produttori erano stati scoraggiati dall'intraprendere tagli di prezzo che gli altri concorrenti avrebbero immediatamente seguito.

Merita di essere citato il commento critico di R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà della concorrenza*, 2006, (*supra*, nt. 371), 74-76, il quale, dopo aver spiegato i motivi per i quali la sentenza della Corte di Giustizia in esame è condivisibile quanto alle soluzioni adottate, afferma l'estraneità del caso *Pasta di legno* rispetto all'oligopolio. Secondo, l'Autore, considerato che il procedimento aveva riguardato 57 imprese, non si sarebbe dovuto considerare il mercato della polpa di legno come oligopolistico e, di conseguenza, la Corte non avrebbe dovuto imputare il parallelismo all'interdipendenza riconosciuta.

⁴⁴⁶ Si veda, a tal proposito, Corte di Giustizia, *Ahlström*, paragrafo 126 a mente del quale «nella fattispecie, la spiegazione del parallelismo di comportamenti basata sulla concertazione non è l'unica plausibile. Innanzi tutto, si può ritenere che il sistema degli annunci di prezzo costituisse una risposta razionale al fatto che il mercato della pasta era un

In questo modo, i giudici europei hanno individuato una soluzione di compromesso piuttosto efficace, in quanto, da un lato, si ammette la possibilità di dare la prova della pratica concordata attraverso la dimostrazione del parallelismo, ma, nello stesso tempo, si rifiuta di considerare provata la concertazione sulla base del mero parallelismo ogniqualvolta questo possa avere una giustificazione di carattere economico, con ciò riconoscendo che nel mercato oligopolistico il parallelismo può essere determinato dalla struttura stessa del mercato.

La Corte ha, altresì affermato che sia l'onere di provare l'esistenza della pratica concordata, che quello di esaminare le possibili spiegazioni alternative ai comportamenti paralleli sul mercato spetterebbero alla Commissione.

III.8. Lo standard probatorio

La sentenza del caso *Pasta di legno* della Corte di Giustizia chiarisce, dunque, una volta per tutte che il parallelismo dei comportamenti

mercato a lungo termine, nonché al bisogno, sentito tanto dagli acquirenti quanto dai venditori, di ridurre i rischi commerciali. Inoltre, la coincidenza delle date degli annunci di prezzo può essere considerata una conseguenza diretta della grande trasparenza del mercato, che non deve qualificarsi artificiale. Infine, il parallelismo dei prezzi e l'andamento di questi ultimi trovano una soddisfacente spiegazione nelle tendenze oligopolistiche del mercato e nelle particolari circostanze verificatesi in certi periodi. Stando così le cose, il parallelismo di comportamenti accertato dalla Commissione non può costituire la prova della concertazione.»

Con tale pronunciamento, dunque, la Corte di Giustizia sostanzialmente ribalta quanto da lei stessa statuito qualche anno prima nel caso *Materie Coloranti*.

non è sufficiente a dimostrare l'esistenza di una pratica concordata.⁴⁴⁷

In assenza di prove dirette di collusione è, infatti, necessario che sussistano ulteriori indizi, e che tali indizi siano gravi precisi e concordanti, ovvero talmente forti da suggerire che la condotta di mercato delle imprese sia il risultato di una intesa collusiva e non, invece, di scelte indipendenti e autonome. Se, infatti, il parallelismo dei comportamenti è suscettibile di essere spiegato altrimenti (ad esempio, sulla base delle condizioni economiche del mercato), esso non potrà essere assurgere al rango di pratica concordata.

La dimostrazione dell'esistenza di una pratica concordata è, del resto, piuttosto complessa, essendo affidata quasi esclusivamente alla presenza di evidenze circostanziali e non – invece – di prove dirette o piene di collusione.

È appena il caso di ricordare che sono considerate prove dirette i documenti che contengono il contenuto essenziale dell'intesa e identificano i partecipanti, le evidenze documentali di altro genere, come, ad esempio, la corrispondenza, le *email*, le trascrizioni di intercettazioni telefoniche, *fax*, documenti relativi ad incontri, estratti di agende o scambi diretti di informazioni.

Negli ultimi anni, grazie all'introduzione dei *leniency programs*,⁴⁴⁸

⁴⁴⁷ Si veda, G. VAN GERVEN, E. NAVARRO VERONA, (*supra*, nt. 438), 575

⁴⁴⁸ I programmi di clemenza sono stati introdotti in Europa con la Comunicazione della Commissione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi d'intesa tra imprese, GU C-207/4, 18 luglio 1996, sostituita dalla Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese, GU C-45/3, 19 febbraio 2002, e sono oggi disciplinati dalla Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del

la possibilità per la Commissione di raccogliere, nei casi di infrazioni complesse, prove dirette di collusione è diventata molto più semplice, tanto che tali misure sono oggi divenute lo strumento essenziale per la lotta ai cartelli.

Più difficile è, invece, il compito quando sussistono solo evidenze circostanziali o indirette.⁴⁴⁹

Con tale ampia locuzione, si intende indicare tutti gli indizi, economici e non, corrispondenti ai “*plus factors*” del diritto *antitrust* statunitense,⁴⁵⁰ la cui esistenza è necessaria per poter affermare che un dato parallelismo dei comportamenti discenda da una scelta consapevole delle imprese piuttosto che da comportamenti individuali.

Tra le evidenze o gli indizi economici si annoverano la struttura, le caratteristiche del mercato e le condizioni di domanda e offerta.

Rientrano, invece, nella categoria delle evidenze non economiche: a) i comportamenti tenuti delle imprese nel mercato; b) i contatti segreti tra le imprese da cui non si può trarre piena prova come, ad esempio, i tabulati che indicano contatti telefonici tra concorrenti ma non il contenuto della conversazione, i biglietti aerei intestati agli esponenti aziendali delle imprese concorrenti verso la medesima destinazione, la partecipazione a incontri organizzati da associazioni di categoria; c) l’esistenza di fenomeni di mercato che non possono essere spiegati altrimenti se non come il frutto di un’intesa come, ad esempio, il fatto che le imprese adottino una condotta

loro importo nei casi di cartelli tra imprese, GU C-298/17, 8 dicembre 2006.

⁴⁴⁹ Si veda, A. CAPOBIANCO, *Collusion*, (*supra*, nt. 8), 49

⁴⁵⁰ Per la trattazione della dottrina del *parallelism plus* statunitense si rinvia al paragrafo II.6. del presente lavoro.

contraria ai propri interessi; d) l'adozione da parte delle imprese di pratiche facilitanti.

La più importante tra le prove circostanziali è rappresentata sicuramente dal comportamento delle imprese nel mercato, specie se parallelo, sebbene, come abbiamo avuto modo di precisare, esso isolatamente considerato non è ritenuto sufficiente.⁴⁵¹

Proprio per questo motivo, anche nel diritto europeo della concorrenza un ruolo fondamentale, se non decisivo, è svolto dalle pratiche facilitanti e, in particolare, dallo scambio di informazioni.

III.8.a. Pratiche facilitanti

Nella letteratura *antitrust*, la locuzione “pratiche facilitanti” indica tutte quelle specifiche condotte delle imprese che, giacché sono volte ad aumentare la trasparenza del mercato, rendono più semplice per le parti coordinare i comportamenti in modo anticompetitivo.⁴⁵²

La dottrina delle pratiche facilitanti - elaborata, come abbiamo già

⁴⁵¹ Si vedano le sentenze della Corte di Giustizia, *Ahlström*, paragrafi 71, 126-127; 28 marzo 1984, *Compagnie royale asturienne des mines SA e Rheinzink GmbH c. Commissione delle Comunità europee*, Cause riunite 29 e 30/83, Racc. 1984 1679, paragrafo 16.

⁴⁵² È opportuno ricordare che rientrano nella nozione di pratiche facilitanti a) la concentrazione del mercato; b) la stagnazione del mercato; c) la simmetria dei costi e delle quote di mercato; d) l'omogeneità dei prodotti, tutte quelle situazioni che, seppure note, inducono comunque a ritenere che tra le imprese interessate vi sia una prassi di solidarietà reciproca (ad esempio, la partecipazione delle stesse persone – o, comunque, di persone legate da particolari rapporti - in consigli di amministrazione di società diverse); d) l'opportunità di colludere, come nel caso della partecipazione alla stessa associazione di imprese; e) la presenza di vincoli strutturali tra le imprese; f) l'assenza di potere d'acquisto dal lato della domanda.

visto nel Capitolo precedente, negli Stati Uniti⁴⁵³ - è stata accolta con grande favore dal diritto europeo della concorrenza, sebbene quest'ultimo abbia seguito, come evidenziato da parte della dottrina,⁴⁵⁴ una prospettiva diversa rispetto a quella statunitense.

Mentre, infatti, nel diritto *antitrust* statunitense le pratiche facilitanti sono considerate indizi dai quali desumere l'esistenza di una *conspiracy*, nel diritto *antitrust* europeo una pratica facilitante «*consiste per definizione in un artificio sociale, cioè in un meccanismo che deve essere disegnato artificialmente dalle imprese per conseguire un obiettivo comune.*»⁴⁵⁵

Nel diritto europeo vi deve sempre essere, in altre parole, una condivisione di intenti da parte delle imprese che pongono in essere pratiche facilitanti; la stessa intenzionalità che deve sussistere nel caso di accordi o di pratiche concordate.

Ne discendono alcune importanti conseguenze.

Ed invero, se nel diritto *antitrust* americano le pratiche facilitanti rappresentano sempre il contenuto di un accordo ancillare o collaterale di un accordo collusivo in senso proprio, nel diritto europeo, invece, la pratica facilitante può essere una intesa (accordo o pratica concordata), in quanto è in grado di produrre gli stessi esiti collusivi in senso economico.⁴⁵⁶

⁴⁵³ Per la trattazione della dottrina delle pratiche facilitanti negli Stati Uniti, si rinvia al paragrafo II.4.b. del presente lavoro.

⁴⁵⁴ Si veda M. **GRILLO**, *Antitrust*, 346, consultabile su www.rivistapoliticaeconomica.it/2006/mag-giu/grillo.pdf; **ID.**, *Collusion and Facilitating Practices: A New Perspective in Antitrust Analysis*, in *European Journal of Law and Economics*, 14, 2002, 151 ss

⁴⁵⁵ Si veda M. **GRILLO**, *Antitrust*, (*supra*, nt. 454) 346; **ID.**, *Collusion and Facilitating Practices* (*supra*, nt. 454), 161

⁴⁵⁶ *Ibidem*

Chiaramente, le pratiche facilitanti possono assumere anche il ruolo di indizio di collusione, sia in quanto possono avere la funzione di rendere più agevole l'allineamento delle offerte commerciali dei concorrenti, ma anche perché possono costituire un valido strumento atto a consentire un controllo *ex post* del rispetto di quanto concordato.⁴⁵⁷

Specie nei mercati oligopolistici, in presenza di condotte parallele, qualunque strumento, pratica o struttura in grado di favorire la collusione può essere considerata come una evidenza della concertazione.⁴⁵⁸

Secondo parte della dottrina,⁴⁵⁹ considerato che in oligopolio senza

⁴⁵⁷ Esemplificativo, in tal senso, è lo scambio di informazioni che può rilevare sotto il profilo antitrust, sia come elemento accessorio di un più ampio accordo sia come fattispecie autonoma. La prima ipotesi si realizza nel caso in cui la comunicazione di particolari informazioni è strumentale rispetto alla realizzazione di una fattispecie collusiva tanto nella fase di raggiungimento di un accordo, quanto nella fase esecutiva dello stesso al fine di aumentare la stabilità interna di un esito collusivo nel mercato. Lo scambio rileva, invece, come fattispecie autonoma allorquando la condivisione di informazioni sensibili per l'elaborazione della strategia commerciale può condurre, specie in presenza di determinate condizioni di mercato, all'eliminazione di ogni residua incertezza circa le condotte future del concorrente, alterando così il libero gioco della concorrenza.

⁴⁵⁸ Si veda la sentenza del Tribunale di Primo Grado, 11 marzo 1999, *Thyssen Stahl AG c. Commissione delle Comunità europee*, T-141/94, Racc. 1999 II-347, confermata dalla sentenza della Corte di Giustizia, 2 ottobre 2003, *Thyssen Stahl AG c. Commissione delle Comunità europee*, C-194/99 P, Racc. 2003 I-10821. Nella propria sentenza il Tribunale di primo grado ha rilevato che «Con riguardo al carattere oligopolistico dei mercati presi in considerazione dal Trattato, se è pur vero che esso può, in certo modo, attenuare gli effetti della concorrenza [...], tale considerazione non giustifica un'interpretazione dell'art. 65 che autorizzi comportamenti di imprese che, come nella fattispecie, riducano ancor di più la concorrenza, in particolare, mediante attività di fissazione dei prezzi. Tenuto conto delle conseguenze che può avere la struttura oligopolistica del mercato, è ancor più necessario tutelare la concorrenza residua.» (302)

In dottrina, si veda M. LIBERTINI, *Le intese restrittive della concorrenza*, (supra, nt. 371), 168, secondo il quale la ricerca da parte dell'Autorità preposta alla tutela della concorrenza di indizi di collusione è talora caratterizzata da un atteggiamento inquisitorio, tipico della materia penale. L'Autore, in particolare, rileva, che la storia delle pratiche concordate è ricca di casi in cui la prova dell'intesa è stata raggiunta attraverso il ricorso a indizi alquanto labili.

⁴⁵⁹ Si veda, C. OSTI, *Il controllo giuridico dell'oligopolio*, in *Giur Comm*, I, 1993, 580

l'adozione di pratiche facilitanti è ben difficile per le imprese attuare un coordinamento restrittivo della concorrenza, l'individuazione di un chiaro divieto di porre in essere tale tipo di pratiche potrebbe portare ad una soluzione del «l'annoso problema del parallelismo oligopolistico».⁴⁶⁰

In realtà, tale soluzione sembra un po' forzata, laddove si consideri che molte delle pratiche facilitanti, ma anche dei *plus factors*, possono avere al contempo effetti benefici o anticoncorrenziali. Di conseguenza, il mero fatto che la pratica facilitante esiste non può condurre ad una decisione di illiceità, ma è necessaria una valutazione caso per caso.

L'orientamento seguito dalle autorità comunitarie sembra comunque favorevole al riconoscimento di un ruolo sempre più importante delle pratiche in esame nel dimostrare l'esistenza della collusione.

La Commissione, ad esempio, nelle recenti Comunicazioni sulle restrizioni verticali⁴⁶¹ e sugli accordi di cooperazione orizzontale⁴⁶² non perde l'occasione per indicare quali fattispecie potrebbero facilitare la collusione tra le imprese coinvolte.

Specificamente, nella comunicazione sulle restrizioni verticali la

⁴⁶⁰ Per una critica a tale tesi si veda R. PARDOLESI, *Le intese restrittive della libertà della concorrenza*, 2006, (*supra*, nt. 371), 66-67. L'Autore, pur sottolineando l'originalità della proposta, considera la stessa come una formula "soltanto declamatoria", poiché la ratio del divieto risiede nel fatto che l'intesa rappresenta una scorciatoia che permette alle imprese di acquisire un potere di mercato altrimenti precluso.

⁴⁶¹ Il riferimento è alla Comunicazione della Commissione Europea - Orientamenti sulle restrizioni verticali, GU C-130/1, 19 maggio 2010

⁴⁶² Si veda la Comunicazione della Commissione Europea - Orientamenti sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, GU C-11/1, 14 gennaio 2011; che ha sostituito la precedente Comunicazione della Commissione — Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale, GU C-3/2, 6 gennaio 2001

Commissione individua tre ipotesi di pratiche facilitanti: i pagamenti anticipati per l'accesso,⁴⁶³ che oltre a provocare eventuali effetti di preclusione, possono indebolire la concorrenza e facilitare la collusione tra distributori; l'imposizione dei prezzi di rivendita,⁴⁶⁴ che può facilitare la collusione tra fornitori aumentando la trasparenza dei prezzi sul mercato e rendendo quindi più semplice constatare se un fornitore si discosta dall'equilibrio collusivo riducendo il suo prezzo; e, infine, l'imposizione di prezzi massimi e raccomandati.⁴⁶⁵

Nella comunicazione sugli accordi di cooperazione orizzontale, invece, viene analizzata nel dettaglio la pratica dello scambio di informazioni.⁴⁶⁶

⁴⁶³ Si veda la Comunicazione della Commissione, 19 maggio 2010, (*supra*, nt. 461), paragrafo 206, a mente del quale: «È probabile che i pagamenti anticipati per l'accesso aumentino il prezzo applicato dal fornitore per i prodotti oggetto del contratto, poiché il fornitore deve coprire la spesa di tali pagamenti. Prezzi di fornitura più elevati possono ridurre l'incentivo dei dettaglianti a concorrere a livello dei prezzi sul mercato a valle, mentre i profitti dei distributori aumentano grazie ai pagamenti per l'accesso. Tale riduzione della concorrenza tra distributori attraverso l'uso cumulativo di pagamenti anticipati per l'accesso richiede di norma che il mercato della distribuzione sia estremamente concentrato.»

⁴⁶⁴ *Ibidem*, paragrafo 224, secondo il quale, «l'imposizione di prezzi di rivendita pregiudica inoltre l'incentivo del fornitore a ridurre il prezzo da questi applicato ai suoi distributori, in quanto il prezzo fisso di rivendita gli impedirà di trarre vantaggio dall'aumento delle vendite. Tale effetto negativo è plausibile, in particolare, se il mercato tende a risultati collusivi, ad esempio se i produttori formano un rigido oligopolio, e una parte significativa del mercato è coperta da accordi relativi all'imposizione di prezzi di rivendita.»

⁴⁶⁵ *Ibidem*, paragrafo 227, «possono costituire un rischio per la concorrenza in quanto fungeranno da punto di convergenza per i rivenditori e possono essere adottati dalla maggior parte dei rivenditori o da tutti e/o i prezzi massimi o raccomandati possono indebolire la concorrenza o facilitare la collusione tra fornitori.»

⁴⁶⁶ La Commissione, invero, ha trattato per la prima volta le problematiche connesse allo scambio di informazioni nella Comunicazione relativa agli accordi, decisioni e pratiche concordate riguardanti la cooperazione tra imprese, GU n. C-75/3, 29 luglio 1968. Nella Settima relazione sulla politica di concorrenza del 1977, la Commissione ha, poi, indicato

III.8.b. La rilevanza attribuita allo scambio di informazioni

Il dibattito in merito allo scambio di informazioni tra concorrenti, da un punto di vista giuridico ed economico, è uno dei più interessanti e controversi.⁴⁶⁷

Posto che qualunque scambio di informazioni tra concorrenti è idoneo a modificare il comportamento delle imprese coinvolte, occorre verificare se tale effetto consente alle imprese di competere meglio o di colludere.⁴⁶⁸

Ed invero, l'accertamento dell'esistenza di un sistema di scambio di informazioni tra imprese concorrenti non sempre determina quale imprescindibile conseguenza l'intervento repressivo del diritto *antitrust*.

In alcuni settori, la circolazione di dati e informazioni comporta sovente lo sviluppo del mercato stesso in senso competitivo. Basti pensare,

quali criteri per verificare la legittimità degli accordi di scambio di informazioni il tipo di informazioni scambiate, la struttura del mercato e l'idoneità dello scambio di informazioni ad aumentare la trasparenza nel mercato (si vedano i paragrafi 5-8 della citata relazione). Allo stesso anno risale la Decisione della Commissione 77/592/CEE, 8 settembre 1977, relativa ad una procedura a norma dell'articolo 85 del trattato CEE, IV/312-366 - *COBELPA/VNP*, GU L-242/10, 21 settembre 1977, la prima decisione in materia.

Si veda, S. GRASSANI, *Oligopolies and "pure" information exchanges in EU: New Crops are growing on the soils plowed by "Uk Tractors"*, in 2007, Fordham Competition Law Institute, 675 ss (B. Hawk, ed. 2008)

⁴⁶⁷ Si vedano in dottrina, A. CAPOBIANCO, *Information exchange under EC Competition law*, in *C.M.L.R.*, 41, 2004, 1247 ss; A. FRIGNANI, G. ROSSI, *Exchange of information among competitors: A comparative survey*, in E.A. RAFFAELLI (a cura di), *Atti del V Convegno LIDC. Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2003, 316 ss; V.M. LEONE, *Lo scambio di informazioni fra imprese in diritto comunitario*, in *Contr. e impr.* 1988, 228 ss; V. FALCE, *Lo scambio di informazioni nell'esperienza comunitaria e nazionale*, in *Giur. Comm.*, I, 1999, 238 ss;

⁴⁶⁸ In tal senso A. FRIGNANI, G. ROSSI, (*supra*, nt. 467) 331

ad esempio, allo scambio di *know-how* o alla diffusione delle informazioni dal lato della domanda che consente l'adozione da parte dei consumatori di scelte consapevoli.

Perché, dunque, lo scambio di informazioni sia rilevante ai fini *antitrust* è necessario che esso abbia ad oggetto informazioni e dati la cui disponibilità, attenuando o limitando l'incertezza connaturata all'attività di impresa svolta in un regime concorrenziale, favorisca il coordinamento tra soggetti indipendenti, che vengono messi in grado di conoscere o prevedere la futura condotta concorrenziale delle imprese rivali.

Al fine di distinguere tra scambi di informazioni che possono portare a esiti anticompetitivi e scambi di informazioni che, invece, possono produrre degli effetti benefici per il mercato assume un rilievo fondamentale la natura delle informazioni trasmesse.

Solo la condivisione dei dati strategici, infatti, può determinare effetti restrittivi sulla concorrenza, in quanto riduce l'indipendenza decisionale delle parti facendone diminuire gli incentivi a competere con i concorrenti.⁴⁶⁹

L'anticompetitività dello scambio di informazioni dipende, altresì, dalla posizione rivestita dalle imprese nel mercato di riferimento,⁴⁷⁰ dal

⁴⁶⁹ Si veda, Comunicazione della Commissione, 14 gennaio 2011, (*supra*, nt. 462), paragrafo 86. Secondo la Commissione, sono informazioni strategiche quelle relative ai prezzi, agli elenchi di clienti, ai costi di produzione, alle quantità, ai fatturati, alle vendite, alle capacità, alla qualità, ai progetti di marketing, ai rischi, agli investimenti, alle tecnologie, ai programmi e ai risultati di R&S. In linea generale, le informazioni relative ai prezzi ed alle quantità sono le più strategiche, seguite da quelle sui costi e sulla domanda. Tuttavia, se le imprese competono relativamente alla R&S, un importante rilievo strategico assumono i dati tecnologici.

⁴⁷⁰ Affinché uno scambio di informazioni possa produrre effetti restrittivi sulla

livello di aggregazione dei dati scambiati,⁴⁷¹ dal momento storico al quale essi si riferiscono,⁴⁷² dalla frequenza con la quale avvengono gli scambi⁴⁷³ e

concorrenza le imprese partecipanti allo scambio devono coprire una parte sufficientemente grande del mercato di riferimento. La Commissione non fornisce alcuna indicazione per stabilire cosa debba intendersi per “parte sufficientemente grande del mercato”, ciò in quanto, come dalla stessa rilevato, tale valutazione dipende dai fatti specifici e dal tipo di scambio di informazioni del caso concreto. Si vedano i paragrafi 87-88 della Comunicazione della Commissione, 14 gennaio 2011, (*supra*, nt. 462).

⁴⁷¹ Secondo la Commissione, lo scambio di informazioni individualizzate è idoneo a facilitare l'intesa sul mercato e le strategie di punizione, consentendo alle imprese che praticano tale scambio non solamente il coordinamento delle condotte, ma anche la repentina individuazione di coloro che deviano dal comportamento concordato, così come l'ingresso di nuovi concorrenti. Diversamente, lo scambio di informazioni è in genere considerato lecito, qualora le informazioni - ancorché sensibili - siano aggregate, concernano un numero elevato di imprese, e non consentano l'individuazione delle condotte sul mercato di ciascuna di esse (come nel caso di statistiche riguardanti un dato settore produttivo). In generale è, infatti, improbabile che lo scambio di dati aggregati possa avere effetti restrittivi sulla concorrenza. Pur tuttavia, la stessa Commissione ammette che in presenza di un oligopolio molto rigido e stabile anche la diffusione di dati aggregati possa condurre ad esiti collusivi, poiché in tal modo gli oligopolisti potrebbero automaticamente supporre, notando un prezzo di mercato inferiore a un certo livello, che qualcuno abbia deviato dalla situazione collusiva, producendo una ritorsione che interessi l'intero mercato. Si veda il paragrafo 89 della Comunicazione della Commissione, 14 gennaio 2011, (*supra*, nt. 462).

⁴⁷² Se, infatti, le informazioni scambiate risalgono a un periodo storico lontano nel tempo (ad esempio, un anno prima), esse non rivestono rilievo anticoncorrenziale, al contrario di quelle che hanno ad oggetto una condotta in corso o futura. Secondo la Commissione è, infatti improbabile che lo scambio di dati storici possa facilitare il monitoraggio delle deviazioni, poiché tanto più vecchi sono i dati, tanto minore è la loro utilità per un'individuazione tempestiva delle deviazioni e, di conseguenza, per una minaccia credibile di una rapida rappresaglia. La Commissione, inoltre, puntualizza che non esiste una soglia predeterminata, passata la quale i dati diventano storici, ma ciò dipende dalle caratteristiche specifiche del mercato rilevante, in particolare dalla frequenza delle rinegoziazioni dei prezzi. I dati possono ad esempio essere considerati storici se risalgono ad un periodo corrispondente varie volte alla durata media dei contratti nell'industria, se tali contratti sono indicativi delle rinegoziazioni dei prezzi. Si veda il paragrafo 90 della Comunicazione della Commissione, 14 gennaio 2011, (*supra*, nt. 462).

⁴⁷³ Tanto maggiore è il ripetersi degli scambi di informazioni nell'arco di un dato periodo di tempo, quanto più elevato risulta essere il rischio che si sia in presenza di un'intesa collusiva. Gli scambi frequenti di informazioni, infatti, soprattutto nei mercati più instabili, agevolano sia una migliore comprensione comune del mercato che il controllo delle deviazioni. Anche nel valutare la frequenza dello scambio, bisogna, tuttavia, porre attenzione alle peculiarità del mercato. La Commissione, infatti, rileva che nei mercati con contratti a

dalla natura pubblica o privata delle informazioni scambiate.⁴⁷⁴

Nella valutazione dell'illiceità dello scambio di informazioni, infine, un rilievo particolare è assunto dalla struttura del mercato di riferimento.⁴⁷⁵

È, infatti, più probabile che le imprese raggiungano un esito collusivo su mercati che siano sufficientemente trasparenti, concentrati,⁴⁷⁶ semplici, stabili e simmetrici, dal momento che in tali circostanze lo scambio di informazioni contribuisce ad aumentare la trasparenza nel mercato, ridurre

lungo termine, spesso caratterizzati da una scarsa frequenza di rinegoziazione dei prezzi, uno scambio meno frequente di informazioni potrebbe comunque essere sufficiente per raggiungere un esito collusivo. Si veda il paragrafo 91 della Comunicazione della Commissione, 14 gennaio 2011, (*supra*, nt. 462).

⁴⁷⁴ In generale, è poco probabile che costituiscano una violazione dell'articolo 101 TFUE gli scambi di informazioni effettivamente pubbliche, ovvero di quelle informazioni facilmente accessibili nel mercato per tutti i concorrenti e i consumatori. Se, infatti, i costi necessari per ottenere tali informazioni siano così elevati da scoraggiare le imprese e i clienti che non partecipano allo scambio dal reperirle, allora in questo caso non si tratta di dati effettivamente pubblici, anche se di "dominio pubblico". Anche se i dati sono disponibili al pubblico, l'esistenza di un ulteriore scambio di informazioni, pubblico o meno, da parte dei concorrenti può avere effetti restrittivi sulla concorrenza, se contribuisce ulteriormente a ridurre l'incertezza strategica sul mercato. Si vedano i paragrafi 92-94 della Comunicazione della Commissione, 14 gennaio 2011, (*supra*, nt. 462).

⁴⁷⁵ *Ibidem*, paragrafi 77-85.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, al paragrafo 79 si legge che «[g]li oligopoli rigidi possono facilitare un esito collusivo sul mercato, in quanto è più facile, per un numero limitato di imprese, arrivare ad un'intesa sulle condizioni di coordinamento e monitorare le deviazioni dal comportamento concordato. Un esito collusivo ha inoltre maggiori probabilità di essere sostenibile con un numero limitato di imprese. Se il coordinamento avviene tra più imprese, i vantaggi derivanti dalla deviazione dal comportamento concordato sono maggiori, perché è possibile acquisire una quota di mercato più grande sottoquotando i prezzi. Al tempo stesso, i vantaggi derivanti dalla collusione sono più ridotti perché, con un numero maggiore di imprese, la parte di guadagno derivante dalla collusione diminuisce di conseguenza. Gli scambi di informazioni all'interno di oligopoli rigidi hanno maggiori probabilità di causare effetti restrittivi sulla concorrenza a livello di concorrenza rispetto agli oligopoli meno rigidi. Tali effetti restrittivi saranno poi probabilmente assenti nel quadro di mercati molto frammentati. Tuttavia, aumentando la trasparenza o modificando l'ambiente del mercato in altro modo così da creare una situazione più favorevole al coordinamento, gli scambi di informazioni possono agevolare il coordinamento ed il controllo fra un numero maggiore di imprese rispetto a quanto sarebbe possibile altrimenti.»

la complessità, nonché attenuare l'instabilità o compensare l'asimmetria.

Una struttura di mercato oligopolistica, in particolare, può facilitare un esito collusivo sul mercato, non solamente in quanto è più semplice, per un numero limitato di imprese, arrivare ad un'intesa sulle condizioni di coordinamento e monitorare le deviazioni dal comportamento concordato, ma anche in considerazione del fatto che in tali mercati un esito collusivo ha maggiori probabilità di essere sostenibile. Chiaramente, tanto più il mercato è concentrato, tanto più lo scambio di informazioni assume connotazione anticompetitiva.

L'articolo 101 TFUE può essere applicato a fattispecie di parallelismo oligopolistico solo laddove siano presenti pratiche facilitanti e, in particolare, in presenza di uno scambio di informazioni.⁴⁷⁷

Effettivamente, in tutti i casi oggetto di valutazione da parte delle autorità comunitarie in materia di scambio di informazioni la struttura del mercato di riferimento era oligopolistica.⁴⁷⁸ Ciò non toglie che anche laddove il mercato sia frammentato fra una pluralità di operatori privi di significativo potere di mercato, lo scambio di informazioni può essere dichiarato illecito se è idoneo a eliminare ogni grado di incertezza circa la condotta commerciale dei partecipanti.

Nel diritto comunitario della concorrenza è, infatti, ormai principio

⁴⁷⁷ Si veda, R. **WHISH**, (*supra*, nt. 8), 554

⁴⁷⁸ Si vedano, a titolo esemplificativo, le sentenze del Tribunale di Primo Grado, 27 ottobre 1994, *Fiatagri UK Ltd e New Holland Ford Ltd c. Commissione delle Comunità europee*, T-34/92, Racc. 1994 II-905; e *John Deere Ltd c. Commissione delle Comunità europee*, T-35/92, Racc. 1994 II-957; Corte di Giustizia, *T-Mobile Netherlands*, (*supra*, nt. 50); Tribunale di Primo Grado, 8 luglio 2008, *BPB plc contro Commissione delle Comunità europee*, T-53/03, Racc. 2008 II-1333; Corte di Giustizia, *Thyssen Stahl*, (*supra*, nt. 89).

consolidato quello secondo cui occorre valutare nel caso concreto l' idoneità o meno a eliminare le incertezze circa le future condotte dei concorrenti nel mercato facilitando la collusione. In tali circostanze, gli scambi di informazione finiscono per avere la stessa funzione di una vera e propria intesa anticoncorrenziale, illecita ai sensi dell'articolo 101 TFUE poiché di fatto sopprimono o riducono gli incentivi a competere.⁴⁷⁹

Ai fini della valutazione dell'illiceità dello scambio di informazioni sono irrilevanti sia il mezzo utilizzato dalle imprese per attuarlo che la forma assunta. I dati, infatti, possono essere, condivisi dai concorrenti direttamente o indirettamente per il tramite, ad esempio, di associazioni di categoria o di un consorzio, o di soggetti terzi che provvedono ad analizzare e redistribuire le informazioni in questione ai soggetti interessati.⁴⁸⁰

Inoltre, chiarendo un punto che, in passato era stato controverso, nella comunicazione sugli accordi di cooperazione orizzontale la Commissione evidenzia che è possibile parlare di pratica concordata anche qualora sia soltanto una impresa a divulgare informazioni strategiche al proprio o ai propri concorrenti (che le accettano), purché siano considerate le peculiarità dei fatti del caso concreto. La possibilità dell'esistenza di una pratica concordata non può essere esclusa, ad esempio, in una situazione in cui un annuncio unilaterale pubblico, ad esempio, attraverso un giornale, è stato seguito da annunci pubblici di altri concorrenti.⁴⁸¹

⁴⁷⁹ Tale principio è ribadito nella Comunicazione della Commissione, 14 gennaio 2011, (*supra*, nt. 462), paragrafo 61.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, paragrafo 55

⁴⁸¹ *Ibidem*, paragrafo 62

III.8.c. Il caso UK Agricultural Tractors Registration Exchange

Nel diritto antitrust europeo, il primo e più importante caso in materia di scambio di informazioni in mercati oligopolistici è rappresentato dal caso *UK Agricultural Tractors Registration Exchange* (di seguito, “*Uk Tractors*”) in cui è stata la struttura del mercato a portare la Commissione⁴⁸² a concludere che l’articolo 101 TFUE (allora 85 del Trattato CEE) fosse stato violato.⁴⁸³

Il caso, in particolare, coinvolgeva una concertazione tra i quattro maggiori produttori di trattori nel mercato inglese, basata su un intenso scambio di informazioni diretto a isolare e frammentare al suo interno il mercato in questione. Grazie alla struttura di mercato fortemente concentrata (il mercato era formato da otto operatori economici e le imprese coinvolte detenevano congiuntamente l’80% delle quote di mercato) e allo scambio di informazioni, ciascun produttore era in grado di conoscere esattamente le vendite effettuate dai concorrenti e quindi la posizione rivestita dagli stessi nel territorio interessato.

Secondo la Commissione, tale sistema informativo produceva due effetti anticoncorrenziali: da un lato, una restrizione della concorrenza

⁴⁸² Si veda la decisione della Commissione, 92/157/CEE, 17 febbraio 1992, relativa ad un procedimento di applicazione dell’articolo 85 del trattato CEE, IV/31.370 e 31.446 - *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, GU L-68/19, 13 marzo 1992.

⁴⁸³ In dottrina, si vedano, R. **WHISH**, (*supra*, nt. 8), 555; A. **CAPOBIANCO**, *Information exchange*, (*supra*, nt. 467), 1247 ss. Si veda, per una nota critica, F. **LÉVÈQUE**, *UK Tractors, Paris Luxury Hotels and French Mobile Telephony Operators: Are All Oligopoly Information Exchange Bad for Competition?*, in *World Competition*, 30(2), 2007, 321 ss.

interna, in quanto il livello aumentato di trasparenza in un mercato già concentrato eliminava ogni possibilità di una concorrenza residua tra i partecipanti allo scambio; dall'altro lato, una restrizione alla concorrenza esterna, giacché lo scambio aveva come effetto quello di innalzare le barriere all'ingresso per coloro che non facevano parte del sistema di scambio.

La decisione della Commissione, in particolare, si fondava su quattro argomenti: in primo luogo, il fatto che il mercato fosse fortemente concentrato e con barriere all'ingresso; in secondo luogo, in ragione della natura confidenziale delle informazioni scambiate; in terzo luogo, considerato il livello estremamente dettagliato delle informazioni scambiate la frequenza con cui avvenivano gli scambi; e, infine, il fatto che i partecipanti al sistema di scambio di informazioni si incontravano regolarmente in una associazione di settore.

Sia il Tribunale di Primo Grado,⁴⁸⁴ che la Corte di Giustizia⁴⁸⁵ hanno confermato la decisione della Commissione.

In particolare la sentenza del Tribunale di Primo Grado, dopo aver precisato che è in linea di principio vero che in un mercato effettivamente concorrenziale la trasparenza fra gli operatori economici è tale da contribuire a intensificare la concorrenza fra i fornitori, ha precisato che la diffusione generalizzata soltanto fra i principali fornitori e ad esclusivo

⁴⁸⁴ Si vedano le sentenze del Tribunale di Primo Grado, 27 ottobre 1994, *Fiatagri UK Ltd e New Holland Ford Ltd*; e *John Deere*.

⁴⁸⁵ Si vedano le sentenze dalla Corte di Giustizia, 28 maggio 1998, *New Holland Ford Ltd c. Commissione delle Comunità europee*, C-8/95 P, Racc. 1998 I-3175; e *John Deere Ltd c. Commissione delle Comunità europee*, C-7/95 P., Racc. 1998 I-3111

vantaggio di questi ultimi di uno scambio di informazioni precise e a cadenze ravvicinate può, in un mercato oligopolistico fortemente concentrato, alterare sensibilmente la concorrenza in essere fra gli operatori economici.⁴⁸⁶

La Corte di Giustizia, nel confermare la sentenza di primo grado e, dunque, la decisione della Commissione, ha chiarito che siffatta conclusione non contrasta con la sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Pasta di legno*, in cui, come già ricordato, la Corte ha ritenuto che il sistema di annunci trimestrali dei prezzi praticati nel mercato della pasta di legno non integrasse, come tale, gli estremi di una violazione del divieto di intese. Mentre, infatti, il sistema di annunci trimestrali dei prezzi di vendita della pasta per carta prevedeva la comunicazione di un'informazione utile agli acquirenti, nel sistema di scambio di informazioni del caso *Uk Tractors* le informazioni venivano diffuse solo alle imprese partecipanti all'accordo.⁴⁸⁷

III.9. Onere della Prova

Nel diritto europeo della concorrenza è la Commissione a sopportare l'onere probatorio in relazione a tutti gli elementi della violazione.

Tale regola, largamente condivisa in giurisprudenza,⁴⁸⁸ è sancita

⁴⁸⁶ Si confronti paragrafo 51 della sentenza del Tribunale di Primo Grado, *John Deere*.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, paragrafo 90

⁴⁸⁸ Si vedano, ex multis, Corte di Giustizia, *Anic Partecipazioni*, paragrafo 86; 17 giugno 2010, *Lafarge SA c. Commissione europea*, C-413/08 P, Racc. 2010 I-5361, paragrafo 30; 7 gennaio 2004, *Aalborg Portland A/S et al. c. Commissione delle Comunità europee*, Cause riunite C-204-205, 211, 213, 217, 219/00 P, Racc. 2004 I-123, paragrafi 78-79; 17 dicembre

dall'articolo 2 del Regolamento 1/2003⁴⁸⁹, a norma del quale in tutti i procedimenti nazionali o comunitari relativi all'applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE, l'onere della prova incombe alla parte o all'autorità che asserisce l'esistenza di una infrazione, mentre, incombe all'impresa o associazione di imprese che invoca l'applicazione del paragrafo 3 dell'articolo 101 TFUE l'onere di provare che le condizioni in esso enunciate sono soddisfatte.

Grava, dunque, sull'Autorità preposta alla tutela della concorrenza l'onere di fornire la prova logica dell'esistenza di una pratica concordata rappresentata dall'impossibilità di dare una diversa spiegazione capace di collegare la situazione di mercato alle normali scelte imprenditoriali.

Le imprese coinvolte possono, però, dimostrare che la concertazione supposta è, nei fatti, giustificabile alla luce del paragrafo 3 del 101 TFUE.

Per facilitare la dimostrazione dell'esistenza di una pratica concordata, qualora emergano elementi di riscontro rivelatori di una collaborazione anomala tra le imprese rimaste attive nel mercato (quali, ad esempio, l'esistenza di contatti o di scambi di informazioni), si è affermata in via di prassi la tendenza sistematica a dedurre l'operatività di una presunzione relativa circa l'alterazione delle condotte concorrenziali da esse tenute, con ciò liberando le autorità di concorrenza dall'onere di provare il nesso causale fra concertazione e condotta commerciale e realizzando una inversione dell'onere stesso in capo alle società coinvolte.⁴⁹⁰

1998, *Baustahlgewebe GmbH c. Commissione delle Comunità europee*, C-185/95 P, Racc. 1998 I-8417, paragrafo 58.

⁴⁸⁹ Si confronti, articolo 2 del Regolamento (CE) n. 1/2003

⁴⁹⁰ Si vedano, D. BAILEY, *Presumption in EU competition law*, in *E.C.L.R.*, 31.9, 2010,

In altri termini, se la Commissione riesce a provare, sia pure mediante prove circostanziali, che in un mercato oligopolistico sia intervenuta tra le imprese una qualche forma di concertazione con oggetto o effetto anticoncorrenziale ne deriva l'operatività di una presunzione relativa in ordine all'influenza di tale concertazione sui comportamenti posti in essere dalle imprese parti della concertazione. Tale presunzione vale sempre, anche qualora la concertazione si sia concretizzata in una sola riunione.⁴⁹¹

In tali ipotesi, incomberà sulle imprese interessate, eventualmente, provare che esse non abbiano tenuto conto delle informazioni scambiate con i loro concorrenti per determinare il proprio comportamento su tale mercato.⁴⁹²

Invero, è praticamente impossibile per una impresa difendersi dall'accusa di aver aderito ad una pratica concordata attraverso lo scambio di informazioni, sostenendo che la propria condotta commerciale non sia stata in alcun modo influenzata dalle informazioni acquisite.

Ciò vale, a maggior ragione, quando la concertazione ha luogo su base regolare nel corso di un lungo periodo, ad esempio nei casi di cartello. In siffatte ipotesi, considerata la difficoltà di provare la sussistenza di un

362; M. FILIPPELLI, (*supra*, nt. 21), 28; S. STROUX, *US and EC Oligopoly Control*, (*supra*, nt. 15), 80

⁴⁹¹ Si vedano, Corte di Giustizia, *T-Mobile Netherlands*, paragrafi 51, 54; *Anic Partecipazioni*, paragrafo 121; *Hüls*, paragrafo 162; Tribunale di Primo Grado, 20 marzo 2002, *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG e altri c. Commissione delle Comunità europee*, T-9/99, Racc. 2002 II-1487, paragrafo 216.

⁴⁹² Corte di Giustizia, *Aalborg Portland*, paragrafo 81; 25 gennaio 2007, *Sumitomo Metal Industries Ltd e Nippon Steel Corp. c. Commissione delle Comunità europee*, Cause riunite C-403, 405/04 P, Racc. 2007 I-729, paragrafi 46-47; *Anic Partecipazioni*, paragrafo 96; *Hüls*, paragrafo 155

accordo tra concorrenti, al fine di accertare l'esistenza di un cartello realizzato a mezzo di pratiche concordate, le Autorità preposte alla tutela della concorrenza sono costrette a far leva su prove indirette, come le minute di un incontro, l'esistenza di una conversazione telefonica o di un documento inviato da un concorrente ad un altro contenente informazioni commerciali segrete.

Parte della dottrina⁴⁹³ ha espresso dei dubbi in merito alla correttezza di una regola, come quella dell'inversione dell'onere probatorio. Attraverso l'operatività della stessa, infatti, vi potrebbe essere il rischio che la Commissione avvii un caso sulla base di una mera supposizione di violazione e qualche evidenza circostanziale, facendo gravare *de facto* l'onere probatorio sulle imprese, che, invece, sarebbero obbligate a fornire prove adeguate e convincenti della loro innocenza. Tale rischio è peraltro aggravato dal tipo di *enforcement* pubblico che caratterizza la disciplina della concorrenza europeo, nella misura in cui è la Commissione stessa a dover giudicare se le prove fornite a difesa dalle imprese sono sufficienti da confutare la presunzione che la Commissione stessa ha stabilito.

⁴⁹³ A. CAPOBIANCO, *Collusion*, (*supra*, nt. 8), 52

CAPITOLO QUARTO

Interdipendenza oligopolistica e azione concertata nel diritto *antitrust*: una sintesi

*“To be or not to be: That is the question”*⁴⁹⁴

Sommario: **IV.1.** *La “oligopoly defence;”* **IV.2.** *Critiche alla teoria dell’interdipendenza oligopolistica;* **IV.3.** *Rapporto tra le diverse forme di parallelismo e i comportamenti indipendenti e interdipendenti;* **IV.4.** *Intervento del diritto antitrust sugli effetti anticoncorrenziali o sull’intento collusivo;* **IV.5.** *Ruolo dell’intento collusivo nel diritto antitrust statunitense;* **IV.6.** *Un approccio maggiormente basato sugli effetti nel diritto antitrust europeo;* **IV.7.** *Esiste un “unproved cartel gap” nell’enforcement del diritto antitrust?*

⁴⁹⁴

W. SHAKESPEARE, *Hamlet*, Act III, Scene 1.

IV.1. La “oligopoly defence”

Nei capitoli precedenti è stato ricostruito come il diritto *antitrust* statunitense ed europeo hanno affrontato l’annosa questione dell’esatta individuazione dei confini tra interdipendenza oligopolistica e azione concertata.

L’esame della dottrina e della giurisprudenza ha messo in luce come, nonostante le importati differenze esistenti, i due sistemi giuridici abbiano seguito dei percorsi argomentativi affini, giungendo a riconoscere la liceità del mera interdipendenza oligopolistica.⁴⁹⁵

A tal fine, un notevole contributo è stato sicuramente fornito dalla teoria economica e, in particolare, dagli studi di Teoria dei Giochi. Questi hanno illustrato come il fatto che in oligopolio le imprese siano in grado di praticare in parallelo prezzi superiori a quelli che si determinerebbero in un mercato concorrenziale costituisce l’esito naturale delle interazioni strategiche nel mercato e non, invece, necessariamente il frutto di una collusione.⁴⁹⁶

Sulla base di tali premesse, ciò che per gli *enforcers* e gli studiosi di diritto *antitrust* ha costituito (e costituisce) un “problema,” per le imprese ha, invece, rappresentato (e rappresenta) una difesa dall’accusa di aver violato il diritto *antitrust* (cosiddetta “*oligopoly defence*”).⁴⁹⁷ Gli

⁴⁹⁵ Si vedano, le sentenze della Corte Suprema, *Theatre Enterprises*, 346 U.S. 537, 540-541; e della Corte di Giustizia, *Ahlström*, paragrafo 126.

⁴⁹⁶ Sul punto si rinvia al paragrafo I.11.d del presente lavoro

⁴⁹⁷ Si veda, G.A. HAY, *Horizontal Agreements*, (*supra*, nt. 251), 888; T.E. KAUPER, (*supra*, nt. 19), 751.

oligopolisti, infatti, sono soliti eccipire - con sollecitudine e anche con un certo orgoglio - il proprio *status*, dal quale non può che discendere un parallelismo risultato di una interdipendenza razionale.

IV.2. Critiche alla teoria dell'interdipendenza oligopolistica

In realtà, diverse sono le critiche che possono essere mosse alla teoria dell'interdipendenza oligopolistica.⁴⁹⁸

Il primo problema è che la teoria attribuisce una peso esagerato all'interdipendenza tra gli oligopolisti. Anche in un oligopolio simmetrico di tre imprese è difficile che il mercato sia talmente trasparente da poter monitorare i movimenti di prezzo di tutte le imprese. È, dunque, possibile che eventuali defezioni siano scoperte con ritardo permettendo così all'oligopolista, che ha abbassato il prezzo, di ottenere un vantaggio utile sugli altri per sostenere una successiva guerra dei prezzi. Inoltre, la teoria non tiene in debita considerazione i limiti alla capacità produttiva.

Un secondo problema è che la teoria dell'oligopolio presenta in maniera troppo semplicistica la struttura delle industrie, laddove, in realtà, le condizioni di mercato sono molto complesse. Generalmente gli oligopolisti possiedono delle quote di mercato non omogenee, hanno diversi livelli di costo, possono produrre beni differenziati e sperimentano anche una certa fedeltà dei consumatori. Una certa pressione concorrenziale è esercitata non solamente dai piccoli venditori che operano all'interno del

⁴⁹⁸ In dottrina, si veda, a titolo esemplificativo, R. WHISH, (*supra*, nt. 8), 549-550

mercato accanto ai grandi oligopolisti, ma anche dai concorrenti potenziali, attratti dai profitti sovra-competitivi. Non sempre, infatti, esistono barriere talmente elevate da impedire a chi opera in mercati merceologicamente o geograficamente contigui di poter entrare nel mercato di riferimento. Vi sono molti fattori che alterano lo sviluppo competitivo del mercato nel quale operano gli oligopolisti. Si pensi alla concentrazione dal lato della domanda e al fatto che gli oligopolisti potrebbero essere capaci, attraverso riduzioni di prezzo e sconti segreti, di modificare i prezzi al di sotto di quelli di listino, senza essere scoperti dagli altri oligopolisti. Questi e altri fattori indicano che i mercati oligopolistici differiscono significativamente l'uno dall'altro e ciò rende difficile fornire una spiegazione teorica convincente sul come tali mercati funzionino e come essi debbano essere affrontati.

Un terzo problema deriva dal fatto che la teoria dell'interdipendenza non riesce a spiegare come mai in alcuni mercati oligopolistici la concorrenza sia in realtà molto intensa e si manifesti in molti modi. Ad esempio, attraverso l'offerta di prodotti di qualità diversa e servizi post-vendita; ovvero, attraverso investimenti in innovazione tecnica, in ricerca e sviluppo (a volte descritta come la base della concorrenza in oligopolio); ovvero, ancora, mediante l'introduzione di schemi di fidelizzazione della domanda.

Un'ulteriore obiezione alla teoria dell'interdipendenza è che essa si concentra solo sulla fissazione dei prezzi senza interrogarsi sul perché un mercato sia oligopolistico. La concentrazione di mercato potrebbe, ad esempio, derivare da una superiore efficienza associata alle economie di

scala. In questo caso, è necessario considerare fino a che punto i vantaggi ottenuti da queste economie siano compensati dagli effetti negativi di una assenza di concorrenza sui prezzi.

Infine, una delle principali obiezioni alla teoria dell'interdipendenza oligopolistica è che essa non spiega in maniera soddisfacente il suo fondamentale assunto, in ragione del quale gli oligopolisti possono guadagnare profitti sovra-competitivi senza colludere. Scartata l'ipotesi dell'incremento simultaneo dei prezzi, per il quale è necessario un previo accordo da parte delle imprese, l'unica risposta possibile sembra essere il modello di *price leadership*, in cui una impresa alza i prezzi mandando un segnale alle altre che la seguiranno. Tuttavia, anche questa conclusione non è particolarmente convincente,⁴⁹⁹ in quanto tale procedura ha successo solo se l'impresa *leader* è dominante, circostanza che non si realizza in oligopolio dove - per ipotesi - nessuna impresa lo è. Un altro caso, è quello del *barometric price leadership*, che ricorre quando una impresa aumenta i suoi prezzi a fronte di un aumento dei costi (per esempio, delle materie prime). In questo caso, sarebbe irragionevole condannare siffatti incrementi paralleli di prezzo, giacché tutte le imprese affrontano lo stesso aumento. Il terzo tipo di *price leadership*, definito collusivo, è quello in cui vi è un accordo tra le imprese dell'industria in base al quale tutte seguiranno il segnale emesso di volta in volta dalla *leader* nel mercato. In quest'ultima ipotesi è evidente l'esistenza di una azione concertata proibita dal diritto *antitrust*.

⁴⁹⁹ Si veda, R.A. POSNER, *Antitrust Law*, (supra, nt. 108) 59

IV.3. Rapporto tra le diverse forme di parallelismo e i comportamenti indipendenti e interdipendenti

Per descrivere le forme di interazione tra le imprese e per indicare una condotta come indipendente o interdipendente, la dottrina e la giurisprudenza hanno usato varie categorie e una diversa terminologia, generando una certa confusione semantica. E invero, le locuzioni “collusione tacita,” “interdipendenza,” “interdipendenza oligopolistica,” “parallelismo dei comportamenti,” “parallelismo consapevole,” “mero parallelismo” sono state spesso usate come sinonimi in ragione dell’assenza di una esauriente elaborazione teorica sul punto.

Si ritiene, pertanto, opportuno fare chiarezza o ordine tra questi concetti.

In generale, si ritiene che, quando il prezzo praticato in parallelo da tutte le imprese all’interno di un mercato è superiore a quello che verrebbe a determinarsi in condizione di concorrenza, quel dato mercato si caratterizza per un’interdipendenza delle scelte delle imprese che vi operano, piuttosto che per l’indipendenza delle medesime.

Tuttavia, esistono diversi tipi di relazioni tra il parallelismo e i comportamenti interdipendenti e indipendenti.⁵⁰⁰

Possono essere, innanzitutto, indicate ipotesi in cui la condotta delle imprese, sebbene parallela, sia indipendente. Tale ipotesi si realizza qualora il parallelismo dei comportamenti non dipenda da considerazioni circa le

⁵⁰⁰ Si veda, L. KAPLOW, (*supra*, nt. 8), 15-17

azioni o le reazioni reciproche, ma da motivazioni ultronee, come ad esempio, nel caso di aumento del prezzo della materia prima. Sebbene, infatti, in tale ipotesi la singola impresa sia consapevole del fatto che anche le altre aumenteranno il prezzo praticato per far fronte ai maggiori costi ed è in grado di predirlo, la condotta rimane indipendente, giacché essa è adottata autonomamente senza rapportarsi alle scelte altrui. Si parla in questo caso di parallelismo puramente indipendente.

Quando, invece, gli operatori economici compiono le proprie scelte sulla base delle aspettative di ciò che faranno gli altri, il parallelismo dei comportamenti deriva da una interdipendenza. Tale circostanza, specificamente, si verifica in tre ipotesi: quando la condotta parallela è il risultato di un accordo espresso; quando, in assenza di qualsivoglia accordo, è una conseguenza di una mera interdipendenza oligopolistica; quando non derivi da una mera interdipendenza oligopolistica, quanto piuttosto sia il risultato di un accordo tacito o non espresso.

Queste quattro tipologie di relazioni non sono poste su un piano di parità, ma è possibile rinvenire una gerarchia tra le stesse. In primo luogo, il parallelismo derivante da condotte indipendenti e quello derivante da condotte interdipendenti si escludono a vicenda, poiché un comportamento o è indipendente o non lo è. Tutte le forme di interdipendenza descritte, invece, implicano una forma di coordinamento tra le imprese di diversa intensità, che varia dalla mera interdipendenza oligopolistica all'accordo espresso.⁵⁰¹

⁵⁰¹ Tale classificazione ha subito alcune critiche in dottrina. B.E. **HAWK**, G. **MOTTA**, (*supra*, nt. 8), 68-69, ad esempio, hanno sostenuto che da un punto di vista giuridico essa è

IV.4. Intervento del diritto antitrust sugli effetti anticoncorrenziali o sull'intento collusivo

In considerazione delle diverse ipotesi nelle quali l'interdipendenza può operare, la semplice assunzione che il parallelismo di mercato derivi dall'adozione da parte delle imprese di un comportamento interdipendente non è sufficiente ai fini *antitrust*.

Alla luce del fatto che i danni arrecati dall'interdipendenza sono pari a quelli di un cartello esplicito e, soprattutto, al fine di evitare che attraverso lo scudo della struttura di mercato oligopolistica possano rimanere impunte fattispecie collusive, nel contesto statunitense, parte minoritaria della dottrina⁵⁰² e le sentenze più risalenti,⁵⁰³ in effetti, hanno interpretato il concetto di accordo sanzionato dal diritto della concorrenza in modo talmente ampio da farvi rientrare tutti i comportamenti interdipendenti.

La dottrina e la giurisprudenza maggioritaria ritengono, tuttavia,

errata, poiché l'unica classificazione valida è quella che distingue tra ciò che costituisce accordo e ciò che non lo è. Distinzione che riposa sulla prova diretta o circostanziale dell'accordo. Secondo questa dottrina la questione principale è, dunque, costituita dalla prova dell'accordo che non è affatto facilitata dall'esistenza del concetto di collusione tacita. Di contro, i vantaggi che si ottengono limitando l'analisi giuridica a due categorie sono numerose. Il primo riguarda il fatto che la collusione tacita non è stato un concetto di alcuna utilità per distinguere condotte concertate da condotte unilaterali; mentre, il secondo è che l'eliminazione della categoria intermedia della collusione tacita evita di ricorrere a concetti poco chiari come quello di coordinamento implicito o prezzi oligopolistici. Infine, in tal modo è possibile focalizzare l'attenzione sul requisito del *meeting of minds*.

⁵⁰² Si veda, R.A. POSNER, *Oligopoly and the Antitrust Law*, (*supra*, nt. 8). Per una approfondita analisi del pensiero di questo Autore si rinvia al paragrafo II.4.b. del presente lavoro.

⁵⁰³ Si veda, *Interstate Circuit*, 306 U.S. 208, 226; e Corte di Giustizia, *Materie coloranti*, paragrafo 66.

opportuno distinguere tra interdipendenza atta a innescare il riconoscimento di una responsabilità nell'ambito della *Section 1* dello *Sherman Act* e dell'articolo 101 TFUE e mera interdipendenza oligopolistica,⁵⁰⁴ in cui un comportamento, di fatto interdipendente, perché adottato sulla base delle aspettative delle reazioni altrui, è determinato autonomamente dalle imprese (parte della dottrina parla, a tal riguardo, di interdipendenza indipendente⁵⁰⁵).

Sebbene, un importante contributo al fine di individuare una linea di demarcazione tra condotte lecite e illecite sia derivato dall'elaborazione delle teorie del *parallelism plus* e delle pratiche facilitanti,⁵⁰⁶ per il diritto *antitrust* le difficoltà in tale ambito sono comunque notevoli.

La ragione di queste difficoltà involge principalmente l'assenza di un valido rimedio da opporre all'interdipendenza oligopolistica.

La questione, in effetti, diviene una questione di *policy*. Ci si chiede se, in presenza di un mercato oligopolistico, posto che i risultati di mercato sono pregiudizievoli al pari di quelli derivanti da un cartello, l'*enforcement antitrust* deve intervenire sanzionando gli effetti anticoncorrenziali indipendentemente dal fatto che questi siano l'esito naturale della struttura di mercato o soltanto le imprese che colludono. In altre parole, se il diritto *antitrust* punisce gli effetti anticoncorrenziali o l'intento collusivo.

I problemi, ovviamente, esistono in entrambi i casi.

Se si propende per la prima ipotesi, il rischio cui si potrebbe andare

⁵⁰⁴ Si pensi all'esempio delle due stazioni di servizio di cui si è parlato al paragrafo I.11.d del presente lavoro

⁵⁰⁵ Si veda, L. KAPLOW, (*supra*, nt. 8), 16

⁵⁰⁶ Si vedano, al riguardo i paragrafi II.5, II.6, III.8 del presente lavoro.

incontro è, innanzitutto, quello di sanzionare condotte assolutamente lecite. Inoltre, non è chiaro quali rimedi potrebbero essere adoperati. Certo, non è possibile, ad esempio, che intervenga il giudice o il legislatore per indicare il livello adeguato del prezzo o della produzione o, in generale, a inferire sulle politiche di mercato delle imprese. Tale scelta è sia giuridicamente impossibile, sia economicamente indesiderabile.⁵⁰⁷ Né, tanto meno, è possibile intervenire inibendo agli oligopolisti di praticare prezzi oligopolistici, giacché non si può obbligare alcuno a comportarsi contro i propri interessi o, comunque, irrazionalmente.

Se si accoglie la tesi che vuole siano sanzionate solo le imprese che colludono, un ruolo fondamentale è giocato dall'elemento volontaristico.

L'indagine si sposta, pertanto, sull'esatta portata della fattispecie della pratica concertata e, in particolare, sul ruolo dell'elemento intenzionale, ovvero di ciò che negli Stati Uniti viene indicato come *meeting of minds*.

In tale ottica, si pone la distinzione tra mero parallelismo e parallelismo consapevole. La qualificazione di una condotta parallela come *consapevole* sembra, infatti, suggerire una partecipazione soggettiva, uno stato mentale degli operatori economici che agiscono sfruttando la loro posizione.

Il riferimento alla consapevolezza è, tuttavia, problematico, poiché spesso è operato impropriamente, generando così ulteriori ambiguità e incertezze interpretative.

⁵⁰⁷ Si veda, P. TRIMARCHI, *Il problema giuridico delle pratiche concordate tra gli oligopolisti*, in *Riv. Soc.*, 1969, 9

In generale, è, comunque, possibile dire che la volontà imprenditoriale viene interpretata in maniera molto ampia sia nel diritto statunitense, sia in quello europeo.

IV.5. Ruolo dell'intento collusivo nel diritto antitrust statunitense

Nel diritto *antitrust* statunitense il termine *conspiracy*, senza dubbio quello maggiormente utilizzato della trilogia indicata nella *Section 1* dello *Sherman Act*, è stato da sempre messo in relazione con l'interdipendenza. Dall'analisi svolta nel secondo Capitolo è emerso che negli Stati Uniti ci si riferisce alla *conspiracy* usando l'espressione *meeting of the minds* e altre simili locuzioni che richiamano lo stato soggettivo dei partecipanti all'intesa. Con ciò lasciando intendere che, perché una condotta sia sanzionabile, sia necessaria una volontà delle parti che la pongono in essere, sebbene non sia necessario che l'accordo debba essere espresso o rispettare qualche requisito di forma.

È, allora, d'obbligo chiedersi se esiste *meeting of minds* nei comportamenti interdipendenti, dovendo inevitabilmente concludere che nel diritto statunitense della concorrenza così non è, in quanto - come evidenziato in dottrina⁵⁰⁸ - i partecipanti ad un accordo hanno una diversa predisposizione mentale rispetto agli oligopolisti che semplicemente sfruttano la loro posizione all'interno del mercato.

⁵⁰⁸ Si vedano, B.E. HAWK, G. MOTTA, (*supra*, nt. 8), 68

Da quanto indicato nel corso della trattazione⁵⁰⁹ emerge, infatti, con chiarezza che, sebbene, nel diritto *antitrust* statunitense, l'elemento della volontà sia da interpretare nell'accezione più lata possibile, l'esistenza di un intento collusivo è necessario ai fini dell'applicazione della *Section 1* dello *Sherman Act*.

La *ratio* di una disciplina talmente restrittiva può essere rinvenuta in una molteplicità di fattori. Di indubbio rilievo è l'adesione alla teoria moderna dell'oligopolio da parte della dottrina e della giurisprudenza maggioritarie. Abbiamo già visto come, grazie, soprattutto, alla scuola di Chicago, l'analisi economica del diritto sia stata posta alla base dell'applicazione di ogni disposizione *antitrust*. Una seconda motivazione può discendere dalla considerazione che un trattamento troppo rigoroso per gli oligopolisti potrebbe scoraggiare le imprese a entrare o permanere in tali mercati nel timore di incorrere non soltanto in sanzioni amministrative, ma anche in condanne penali e in azioni civili (anche di classe) di risarcimento dei danni nella misura dei *treble damages*.⁵¹⁰

⁵⁰⁹ Il riferimento è, in particolare, al secondo Capitolo del presente lavoro.

⁵¹⁰ Negli Stati Uniti, a differenza che nel diritto europeo, il *private enforcement* del diritto *antitrust* è molto sviluppato. A norma della *Section 4* del *Clayton Act*, in particolare, «*any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained* [grassetto aggiunto], *and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee.*» (15 U.S.C. § 15)

In base a tale disposizione, dunque, a colui che ha subito un danno a causa di un illecito *antitrust* deve essere liquidata una somma di ammontare pari a tre volte il danno effettivamente subito. Si tratta, da un lato, di una disciplina premiale per chi promuove le azioni in giudizio e, dall'altro, svolge una funzione deterrente e sanzionatoria nei confronti delle imprese. Un analogo sistema non è presente nel sistema della responsabilità civile del diritto europeo, ancorato all'idea che la funzione risarcitoria sia esclusivamente compensatoria e non punitiva.

L'importante limite di un siffatto approccio è il rischio che alcune condotte colpevoli non vengano punite, perché non possono essere provate.

Ciò, a maggior ragione, laddove si consideri il fatto che, a partire dagli anni Ottanta e, in particolare, da quando la Corte Suprema ha elaborato lo standard *Matsushita* (cosiddetto “*tends to exclude*” standard) si è assistito ad un sempre maggiore innalzamento dell'onere probatorio in capo all'attore. Fino ad arrivare alla decisione del caso *Twombly*, con la quale è stata, addirittura, sancita la regola dell'anticipazione dell'assolvimento dell'onere probatorio alla fase iniziale del processo (quella del *pleading*), precludendo così all'attore che non riesce ad assolvere tale onere di accedere alla fase della *discovery*.

I problemi nell'affrontare l'interdipendenza dei comportamenti, specie le difficoltà riscontrate con riferimento all'aspetto probatorio, hanno indotto gli studiosi a esplorare nuove strade. Tra queste, una delle più

In dottrina si vedano, per tutti, P.E. AREEDA, D.F. TURNER, (*supra*, nt. 250), 279 ss. Si veda altresì nella dottrina italiana, A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno per violazione di norme antitrust: l'esperienza americana*, in *Riv. Soc.*, 37, 1992, 681 ss.

È bene notare, comunque, che nell'ultimo decennio anche nel diritto *antitrust* europeo si è cercato di incentivare l'attivazione dei rimedi privati. Questa nuova stagione del diritto europeo della concorrenza è stata inaugurata dalle sentenze della Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, *Courage Ltd c. Bernard Crehan e Bernard Crehan c. Courage Ltd and Others*, C-453/99, Racc. 2001 I-6297; e 13 luglio 2006, *V. Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, A. Cannito c. Fondiaria Sai SpA e N. Tricarico e P. Murgolo c. Assitalia SpA*, Cause riunite C-295-298/04, Racc. 2006 I-6619, che hanno esteso il novero dei soggetti che possono attivare lo strumento del *private enforcement*. Nonché dalla pubblicazione del *Libro verde* della Commissione Europea, *Azioni di risarcimento del danno per violazione di norme antitrust comunitarie*, COM (2005), 672, 19 dicembre 2005; seguito nel 2008 dal *Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM (2008), 165, 2 aprile 2008. Nella dottrina italiana, si vedano, a titolo esemplificativo, F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIMBENE (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, Giuffrè, 2009; G. ROSSI, *Illecito antitrust e tutela del consumatore*, Torino, Giappichelli, 2009.

interessanti è sicuramente quella relativa all'applicazione della *Section 5* del *Federal Trade Commission Act*, che punisce “*unfair methods of competition*.”⁵¹¹

Il ricorso a questa norma è stato, infatti, accolto con favore, ancorché dalla dottrina⁵¹² e dalla giurisprudenza⁵¹³ minoritarie, per due motivi: da un

⁵¹¹ 15 U.S.C. § 45. Secondo la disposizione citata «(a) *Declaration of unlawfulness; power to prohibit unfair practices; inapplicability to foreign trade.*

(1) *Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful.*

(2) *The Commission is hereby empowered and directed to prevent persons, partnerships, or corporations, except banks, savings and loan institutions described in section 18(f)(3), Federal credit unions described in section 18(f)(4), common carriers subject to the Acts to regulate commerce, air carriers and foreign air carriers subject to the Federal Aviation Act of 1958, and persons, partnerships, or corporations insofar as they are subject to the Packers and Stockyards Act, 1921, as amended, except as provided in section 406(b) of said Act, from using unfair methods of competition in or affecting commerce and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce.*

(3) *This subsection shall not apply to unfair methods of competition involving commerce with foreign nations (other than import commerce) unless -*

(A) *such methods of competition have a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect-*

(i) *on commerce which is not commerce with foreign nations, or on import commerce with foreign nations; or*

(ii) *on export commerce with foreign nations, of a person engaged in such commerce in the United States; and*

(B) *such effect gives rise to a claim under the provisions of this subsection, other than this paragraph.*

If this subsection applies to such methods of competition only because of the operation of subparagraph (A)(ii), this subsection shall apply to such conduct only for injury to export business in the United States.

(4) (A) *For purposes of subsection (a), the term unfair or deceptive acts or practices' includes such acts or practices involving foreign commerce that-*

(i) *cause or are likely to cause reasonably foreseeable injury within the United States; or*

(ii) *involve material conduct occurring within the United States.*

(B) *All remedies available to the Commission with respect to unfair and deceptive acts or practices shall be available for acts and practices described in this paragraph, including restitution to domestic or foreign victims. [...]*»

⁵¹² In dottrina si veda, C.O. **HOBBS**, *Antitrust in the Next Decade - A Role for the Federal Trade Commission?*, 31 *Antitrust Bull.* 451 (1986)

⁵¹³ *Boise Cascade Corp. et al. v. Federal Trade Commission*, 637 F.2d 573 (9th Circ.,

lato, perché è attivabile da una Autorità specializzata, la *Federal Trade Commission* (FTC); e, dall'altro, perché l'ampia formulazione della disposizione (che non menziona gli accordi) permette di comprendere nel suo ambito di applicazione una vasta gamma di condotte che producono effetti anticoncorrenziali, ma che sfuggono all'applicazione della *Section 1* dello *Sherman Act*, giacché non si riesce a superare lo standard probatorio.

IV.6. Un approccio maggiormente basato sugli effetti nel diritto antitrust europeo

Anche nel diritto *antitrust* europeo, la volontà imprenditoriale e l'intento collusivo vengono intesi in senso ampio.

Abbiamo visto⁵¹⁴ come nell'accordo, l'espressione della volontà contrattuale è riconosciuta in modo estensivo e senza vincoli di forma, mentre è la stessa definizione di pratica concordata ad esprimere la tendenza ad un allargamento della volontà imprenditoriale, intesa come una pratica collaborazione tra le imprese.

Sembra, anzi, corretto affermare che l'elemento volontaristico necessario per integrare la fattispecie della pratica concordata non rivesta natura negoziale, ma si riduca all'associazione o unione spontanea di due o

1980); *E.I. Du Pont De Nemours & Company v. Federal Trade Commission, Ethyl Corporation v. Federal Trade Commission*, 729 F.2d 128 (2nd Circ., 1984). Nonostante con queste sentenze i giudici delle *Court of Appeals* del nono e del secondo Circuito abbiano annullato le decisioni della FTC, essi hanno statuito l'applicabilità della *Section 5* del *FTC Act* alle condotte parallele.

⁵¹⁴ Il riferimento è al terzo Capitolo del presente lavoro

più persone fisiche o giuridiche per il perseguimento di uno scopo comune (in questo caso, la restrizione o soppressione della concorrenza), senza che tra le parti vengano necessariamente a crearsi rapporti di ordine giuridico.

Questa circostanza, del resto, è stata già rilevata, in passato, da un'autorevole dottrina,⁵¹⁵ che, nel fornire il significato del termine "pratiche concordate," sottolineava come questa derivasse dall'esperienza legislativa inglese e americana, che mirava a ricondurre nell'ambito della disciplina concorrenziale anche quegli atti, contegni, comportamenti, e quelle pratiche, che fossero la conseguenza di intese di cui non vi fosse alcuna traccia, ma che tuttavia risultavano dall'uguaglianza di comportamenti non riconducibile a un'occasionale coincidenza di sistemi e di interessi.

La differenza tra la fattispecie della pratica concordata e quella dell'accordo si riscontra, allora, nel fatto che, mentre l'accordo comporta un'esplicitazione inequivoca della volontà, la pratica concordata si estrinseca in un comportamento di mero fatto, guidato da un elemento volitivo di variabile gradazione; che spazia, cioè, da una mera coscienza del comportamento altrui, alla piena adesione allo stesso mediante un vero e proprio concerto d'azione. La differenza, pertanto, sarebbe solamente di ordine quantitativo, contrapponendo l'intelligenza tacita alla pattuizione espressa.

Se ciò è vero, non è eccessivo sostenere che, nel sanzionarle, il diritto comunitario intenda in realtà colpire accordi che l'investigazione non è riuscita a portare pienamente alla luce.

⁵¹⁵ Si veda, R. FRANCESCHELLI, *Trattato di diritto industriale, Parte generale*, I, Padova, Cedam, 1960, 653-654

Di conseguenza, il diritto comunitario, nel vietare espressamente al paragrafo 1 dell'articolo 101 del TFUE sia gli accordi che le pratiche concordate, distingue tra accordi espliciti e accordi "presunti" impliciti.

Tale aspetto risalta in tutta la sua evidenza soprattutto nel trattamento riservato alla pratica concordata illecita "per oggetto." In tale caso, opera, infatti, una presunzione relativa della volontà delle imprese partecipanti alla pratica, in ragione della quale si ritiene che, qualora le stesse rimangano presenti sul mercato, tengano conto dell'avvenuta concertazione per decidere il proprio comportamento sul mercato.⁵¹⁶

Siffatto approccio interpretativo è confermato anche con riferimento all'apparato probatorio. La Commissione può individuare l'intento collusivo attraverso un processo deduttivo di valutazione e interpretazione d'insieme delle prove fornite dell'intesa anticoncorrenziale.

IV.7. Esiste un "unproved cartel gap" nell'enforcement del diritto antitrust?

Oggi, la principale preoccupazione del diritto *antitrust* è che gli oligopoli facilitino i cartelli, ovvero che sia più facile che un cartello si formi o persista in un contesto oligopolistico. In altri termini, gli oligopoli presentano molti più rischi di un "*unproved cartel gap*" piuttosto che di un "*oligopoly gap*."

In effetti, le caratteristiche di mercato che rendono un settore incline

⁵¹⁶ Si veda, P. MANZINI, (*supra*, nt. 371), 851

alla collusione e quelle presenti in oligopolio sono le medesime. Il numero ridotto degli oligopolisti, l'interdipendenza, l'esistenza di barriere all'ingresso, possono essere considerati fattori in grado di incrementare la stabilità dei cartelli. Di contro, è molto più difficile fornire la prova di un accordo, che può presentarsi in maniera sfumata, data la struttura del mercato.

Si parla in questi casi di un “*unproved cartel enforcement gap*” nel quale i cartelli sfuggono ai divieti proprio a causa dell'estrema difficoltà di provare l'accordo secondo gli standard giuridici.

Secondo parte della dottrina,⁵¹⁷ tale fenomeno è, in realtà, particolarmente limitato, giacché i casi di collusione criminale coinvolgono quasi sempre accordi espressi.

Secondo questo orientamento,⁵¹⁸ due sono le osservazioni che suggeriscono che un *unproved cartel gap* ha una rilevanza minima. In primo luogo, studi empirici dimostrerebbero che i cartelli hanno bisogno di una effettiva organizzazione per esistere e perché vi sia un coordinamento effettivo; nonché della creazione di meccanismi di controllo al fine di limitare la tendenza alla deviazione finalizzata all'ottenimento di vantaggi sugli altri oligopolisti.⁵¹⁹ Tale complesso apparato rende assai probabile la creazione di prove dirette, o almeno indirette, di un accordo.

La seconda osservazione riguarda il successo dei *leniency programs*,

⁵¹⁷ Si veda G.J. **WERDEN**, (*supra*, nt. 165), 762.

⁵¹⁸ Si vedano, B.E. **HAWK**, G. **MOTTA**, (*supra*, nt. 8), 72-73

⁵¹⁹ Si veda, M. **LEVENSTEIN**, V. **SUSLOW**, *What determines a Cartel Success?*, 54 *Journal of Economic Literature*, 2006. Tale studio, richiamato da B.E. **HAWK**, G. **MOTTA** è relativo ai cartelli e non alla collusione tacita quindi secondo gli autori vale ancor di più in casi di collusione tacita.

che aumenterebbe l'instabilità dei cartelli.

Si ritiene, tuttavia, che queste due critiche non siano decisive. E infatti, esiste un legame tra concentrazione e trasparenza del mercato tale per cui in oligopoli ristretti non dovrebbero essere necessari complessi apparati organizzativi, essendo più facile per le imprese monitorarsi reciprocamente.

Per quanto, invece, attiene alla seconda osservazione, si ritiene che l'adesione, sempre più massiccia, da parte delle imprese ai programmi di clemenza sicuramente rappresenti un segnale dell'instabilità dei cartelli, ma allo stesso tempo è sintomatico del fatto che effettivamente esiste un *unproved cartel gap*.

Se, infatti, si guarda alla prassi europea degli ultimi anni, è possibile notare non vi è neanche un caso in cui le imprese siano state sanzionate per aver posto in essere delle pratiche concordate in quanto tali. Nel momento in cui la Commissione, ravvisando un parallelismo di comportamenti sospetto o avendo avuto notizia di uno scambio di informazioni tra imprese, inizia gli accertamenti in un determinato settore (ad esempio attraverso ispezioni o semplici richieste di informazioni), le imprese, sfruttando i vantaggi derivanti dall'adesione al programma di clemenza, generalmente confessano l'esistenza di un cartello, di cui il parallelismo costituiva solo la punta dell'iceberg.⁵²⁰

⁵²⁰ Si veda, a titolo esemplificativo, tra i casi più recenti, la Decisione della Commissione, 19 ottobre 2011, *CRT Glass bulbs*, IV/39605, non ancora pubblicata.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- **ABRIANI N., COTTINO G., RICOLFI M.**, *Diritto industriale*, in G. COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, II, Padova, CEDAM, 2001
- **ALBORS-LLORENS A.**, *Horizontal agreements and concerted practices in EC competition law: Unlawful and legitimate contacts between competitors*, 51 *Antitrust Bull.* 837 (2006)
- **ALLENDESALAZAR R., MARTÍNEZ-LAGE P., VALLINA R.**, *Oligopolies, Conscious Parallelism and Concentration*, in C.D. EHLERMANN, I. ATANASIU (edited by), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of prohibition of Cartels*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2007
- **AMATO G.**, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, il Mulino, 1998
- **AREEDA P.E., HOVENKAMP H.**, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, New York, Aspen, 2nd ed., 2002
- **AREEDA P.E.**, *Introduction to Antitrust Economics*, 52 *Antitrust L.J.* 523 (1983)
- **AREEDA P.E., KAPLOW L., EDLIN A.**, *Antitrust Analysis: Problem, Text and Cases*, New York, Aspen, 6th ed., 2004
- **AREEDA P.E., TURNER D.F.**, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles & Their Application*, Boston, Little, Brown, (1978)

- **ARQUIT K.J.**, *The Boundaries of Horizontal restraints: Facilitating Practices and Invitation to Collude*, 61 Antitrust L. J. 531 (1993)
- **Auletta G.**, *Il contratto di società commerciale*, Giuffrè, Milano, 1937
- **AURICCHIO V.**, *Contacts between competitors: developments under Italian competition law*, in *E.C.L.R.*, 4, 2010
- **BAILEY D.**, *Presumption in EU competition law*, in *E.C.L.R.*, 31.9, 2010
- **BAIN J.G.**, *Industrial Organization*, New York, Wiley, 1968;
- **BAIRD D.G.**, **GERTNER R.H.**, **PICKER R.C.**, *Game Theory and the Law*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1998
- **BAKER J. B.**, *Two Sherman Act section 1 dilemmas: parallel pricing, the oligopoly problem, and contemporary economic theory*, 38 Antitrust Bull. 143 (1993)
- **BAKER J.B.**, *Per Se Rules in the Antitrust Analysis of Horizontal Restraints*, 36 Antitrust Bull. 733 (1991)
- **BAKER J.B.**, *Predatory Pricing After Brooke Group: An Economic Perspective* 62 Antitrust L.J. 585 (1994)
- **BELLAMY C.**, **CHILD G.**, *European community law of competition*, VI ed., New York, Oxford University Press, 2008
- **BERNINI G.**, *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Bologna, CLUEB, 1991
- **BERTRAND J.L.F.**, *Recherches sur les principes mathématiques de la Théorie des richesses par Augustine Cournot*, in *Journal des Savants*, Paris, 1883

- **BLACK O.**, *Communication, Concerted Practices and the Oligopoly Problem*, in *European Competition Journal*, 2005
- **BLACK O.**, *Concerted Practices, Joint Action and Reliance*, in *E.C.L.R.*, 24, 2003, 222
- **BLECHMAN M.D.**, *Conscious Parallelism, Signalling and Facilitatind Devices:the Problem of Tacit Collusion Under the Antitrust Laws*, 24 *N. Y. L. Sch. L. Rev.* 881 (1979)
- **BOGART J.H.**, *Living with Twombly*, 22-APR *Utah B. J.* 23 (2009)
- **BOGART J.H.**, *The Supreme Court Decision in Twombly: a New Federal Pleading Standard?*, 20-OCT *Utah B. J.* 20 (2007)
- **BORK R.**, *The Antitrust Paradox*, New York, Basic Books, 1978
- **BROCK J.W.**, *Antitrust Policy and the Oligopoly Problem*, 51 *Antitrust Bull.* 227 (2006)
- **BUNDA M.M.**, *Monsanto, Matsushita, and “Conscious Parallelism”:* *Towards a Judicial Resolution of the “Oligopoly Problem”*, 84 *Wash. U. L. Rev.* 179 (2006)
- **CAPOBIANCO A.**, *Collusion, Agreements and Concerted Practices: An Economic and Legal Perspective*, in **G. AMATO, C.D. EHLERMANN** (edited by), *EC Competition Law. A Critical Assessment*, Oxford and Portland, Hart publishing, 2007
- **CAPOBIANCO A., CREATINI R.**, *Antitrust. Lezioni e casi dall’esperienza italiana*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2006
- **CAPOBIANCO A.**, *Information Exchange under EC competition law*, in *C.M.L.R.*, 41, 2004

- **CARLTON D.W., GERTNER R.H., ROSENFELD A.M.**, *Communication Among Competitors: Game Theory and Antitrust*, 5 Geo. Mason L. Rev. 423 (1997)
- **CASTRONOVO C. e MAZZAMUTO S.**, *Manuale di diritto privato europeo*, volume terzo, Impresa e lavoro, Milano, Giuffrè Editore, 2007
- **CATRICALÀ A., TROIANO P.** (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercati*, Torino, Utet, 2010
- **CAVANAGH E.D.**, *Twombly: the Demise of Notice Pleading, the Triumph of Milton Handler, and the Uncertain future of private Antitrust Enforcement*, 28 Rev. Litig. 1 (Fall, 2008)
- **CHAMBERLIN E.H.**, *The theory of monopolistic competition*, Cambridge, Cambridge University Press, 1933, tradotto in italiano con il titolo *La teoria della concorrenza monopolistica*, Firenze, La Nuova Italia, 1961
- **CLARK J. M.**, *Thoward a Concept of Workable Competition*, 30 Am. Econ. Rev, 241 (1940)
- **CLARKE R., MORGAN E.J.**, *Horizontal Agreements and restrictive Practices Policy in the Uk and EU*, in R. **CLARKE E.J. MORGAN** (edited by), *New developments in UK and EU Competition policy*, Edward Elgar, 2006
- **CORAPI D., DE DONNO B.**, *L'impresa*, in A. **TIZZANO** (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, in M. **BESSONE**, (diretto da), *Trattato di diritto privato*, II, Torino, Giappichelli, 2^a ed., 2006
- **COURNOT A.A.**, *Ricerche intorno ai principi matematici della teoria delle ricchezze*, in *Opere*, Torino, Utet, 1981

- **CREATINI R.**, *Collusione tacita e tutela della concorrenza*, Giuffrè Editore, Milano, 2002
- **CREW E.**, *Matsushita v. Zenith: the Chicago School Teaches the Supreme Court a Dubious Lesson*, *Antitrust*, Fall, 11 (1986)
- **CUCINOTTA A., PARDOLESI R., VAN DEN BERGH R.** (edited by), *Post Chicago Developments in Antitrust Law*, Chaltenham, Edward Elgar, 2002
- **DAUGHETY A.F.** (edited by), *Cournot oligopoly. Characterization and application*, New York, Cambridge University Press, 1988
- **DAVIDOW J.**, *Recent developments in US antitrust*, in *World Competition*, 28(3), 2005
- **CARLTON D.W., GERTNER R.H., ROSENFELD A.M.**, *Communication Among Competitors and Antitrust*, 5 *Geo. Mason. L. Rev.* 423 (1997)
- **DEL MONTE A.**, *Manuale di organizzazione e politica industriale*, Torino, UTET Libreria, 1994
- **DENOZZA F.**, *Antitrust. Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna, il Mulino, 1988
- **DENOZZA F.**, *La disciplina delle intese nei gruppi*, Milano, Giuffè, 1984
- **DESANTI S., KOVACIC W.E.**, *Matsushita: Its construction and Application by the Lower Courts*, 59 *Antitrust L. J.* 609 (1991)
- **DESANTI S.S., NAGATA E.A.**, *Competitor Communications: Facilitating Practices or invitations to collude? An application of teorie to proposed horizontal agreements submitted for antitrust review*, 63 *Antitrust L. J.* 93 (1995)

- **DEVLIN A.**, *A proposed solution to the problem of parallel pricing in oligopolistic markets*, 59 Stan. L. Rev. 1111 (2006-2007)
- **DEWEY D.**, *The antitrust Experiment in America*, New York, Columbia Univeristy Press, 1990
- **DHALL V.** (edited by), *Competition law today, Concepts, Issue, and the Law in Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2007
- **DIXIT A. e NALEBUFF B.**, *Io vinco tu perdi – strategie di successo nel business e nella vita*, Il sole 24 ore, 2004
- **DONATIVI V.**, *Impresa e gruppo nella legge antitrust*, Milano, Giuffrè, 1996
- **DONATIVI V.**, *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano*, Le premesse, Giuffrè, Milano 1990
- **DONDI A.**, *Case Law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, Milano, Giuffrè, 2008
- **DONDI A.**, *Introduzione della causa e strategie di difesa - I Il modello statunitense*, Padova, CEDAM, 1991
- **EASTERBROOK F.H.**, *The Limits of Antitrust*, 63 Tex. L. Rev. 1 (1984)
- **EDGEWORTH F.Y.**, *La teoria pura del monopolio*, in *Giornale degli economisti*, XV, 1897
- **ESTEVA MOSSO C., RAYAN S.A., ALBAEK S., TIERNO CENTELLA M.L.**, *Article 82*, in J. FAULL, A. NIKPAY (edited by), *The EC Law of Competition*, New York, Oxford University Press, 2nd ed., 2007
- **EUCKEN W.**, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Tübingen, 6th ed, 1990
- **FALCE V.**, *Lo scambio di informazioni nell'esperienza comunitaria e nazionale*, in *Giur. Comm.*, I, 1999

- **FATTORI P. e TODINO M.**, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, il Mulino, 2010
- **FELLNER W.**, *Competition among the Few: Oligopoly and Similar Market*, New York, Alfred A. Knopf, 1949
- **FILIPPELLI M.**, *Collective Dominance in Competition Law*, Roma, ed. provv., 2011
- **FLOYD C.D.**, *Vertical Antitrust Conspiracy After Monsanto and Russell Stover*, 33 Kan. L. Rev. 269 (1985)
- **FOX E.M., HALVERSON J.T.**, *Collaboration among competitors, Antitrust policy and economics*, Selection of antitrust law ABA, 1992
- **FOX E.M., SULLIVAN L.A., PERITZ R.J.R.**, *Cases And Materials on U.S. Antitrust in Global Context*, St. Paul, Thomson West, 2004
- **FRANCESCHELLI R.**, *Trattato di diritto industriale, Parte generale, I*, Padova, Cedam, 1960
- **FREYER T.A.**, *Antitrust and Global Capitalism, 1930-2004*, New York, Cambridge University Press, 2006
- **FRIGNANI A., ROSSI G.**, *Exchange of information among competitors: A comparative survey*, in E.A. **RAFFAELLI** (a cura di) *Atti del V Convegno LIDC. Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2003
- **GAMBARO A., SACCO R.**, *Sistemi giuridici comparati*, in R. **SACCO** (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, Milano, UTET Giuridica, 2009

- **GAMBOL A.**, *The Twombly Standard and Affirmative Defence: What is Good for the Goose is not always good for the Gander*, 79 *Ford. Law Rev.* 2173 (2011).
- **GARNER B.A.**, *Black's Law Dictionary*, Ninth Edition, St. Paul, Thomson West, 2009
- **GAVIL A.I.**, **KOVACIC W.E.**, **BAKER J.B.**, *Antitrust law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, St. Paul, Thomson West, 2008
- **GENOVESE A.**, *Il risarcimento del danno per violazione di norme antitrust: l'esperienza americana*, in *Riv. Soc.*, 37, 1992
- **GERBER D.J.**, *Global Competition. Law, Markets, and Globalization*, New York, Oxford University Press, 2010
- **GERBER D.J.**, *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus*, New York, Oxford University Press, 1998
- **GHEZZI F.**, *Trattato che istituisce la Comunità Europea. Articolo 81*, in L.C. **UBERTAZZI** (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, CEDAM, 2007
- **GIORDANO M.**, *Abuso di posizione dominante collettiva e parallelismo oligopolistico: la Corte di giustizia tenta la quadratura del cerchio?*, in *Foro it.*, 2001, IV, c. 268
- **GOLDMAN L.**, *Trouble for Private Enforcement of the Sherman Act: Twombly, Pleading Standards, and the Oligopoly Problem*, 2008 *B.Y.U. L. Rev.* 1057 (2008)
- **GOODMAN S.**, *Application of Article 81 EC*, in M. **SIRAGUSA**, C. **RIZZA** (edited by), *EU Competition Law, vol, III. Cartel law.*

- Restrictive Agreements and Practices between Competitors*, Leuven, Claeys & Casteels, 2007
- **GOYDER D.G., GOYDER J., ALBORS-LLORENS A.**, *Goyder's EC Competition Law*, 5th ed, New York, Oxford University Press, 2009
 - **GRILLO M.**, Antitrust, consultabile su www.rivistapoliticaeconomica.it/2006/mag-giu/grillo.pdf
 - **GRILLO M.**, *Collusion and facilitating practices: A new perspective in Antitrust analysis*, in *European Journal of Law and Economics* 14, 2002
 - **GRILLO M., SILVA F.**, *Impresa, Concorrenza, Organizzazione*, Roma, La Nuova Scientifica, 1989
 - **GRILLO M.**, *The economic analysis of collusion and the detection of collusive behaviour: New perspectives for antitrust policy and law*, in E.A. Raffaelli (a cura di), *Antitrust between EC law and National Law*, 2000
 - **GRISOLI A.**, *Impresa comunitaria* (voce), in *Enciclopedia giur. Treccani*, XVI, 1989
 - **GUERRIN M., KYRIAZIS G.**, *Cartels: proof and procedural issues*, 16 *Fordham Int'l L. J.* 266 (1993)
 - **GUIZZI G.**, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1993
 - **HANDLER M.**, *Contract Combination Conspiracy*, 3 *A.B.A. Antitrust section* 38 (1953)
 - **HAWK B.E., MOTTA G.**, *Oligopolies and Collective dominance: A solution in search of a problem*, in *Antitrust Between EC Law and National Law* (E.A. Raffaelli ed. 2009)

- **HAY G. A.**, *Oligopoly, Shared Monopoly, and Antitrust Law*, 67 Cornell L. Rev. 439 (1982)
- **HAY G.A.**, *Facilitating Practices*, ABA Section of Antitrust Law, Issues in Competition Law and Policy Vol II, 1189 (2008)
- **HAY G.A.**, *Horizontal agreements: Concept and proof*, 51 Antitrust Bull. 877 (2006)
- **HAZARD G.C.**, **TARUFFO M.**, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, il Mulino, 1993
- **HEIMLER A.**, **FATTORI P.**, (voce) *Monopolio e politiche antimonopolistiche*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, VI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1996
- **HERBERT B.G.**, *Delivered Pricing as Conspiracy and as Discriminations: The Legal Status*, 15 Law & Contemp. Prob. 181 (1950)
- **HILDEBRAND D.**, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules. The European School*, The Hague, Kluwer Law International, 2nd ed., 2002
- **HIRSCH G.**, **MONTAG F.**, **SÄCKER** (edited by), *Competition Law: European Community Practice and Procedure. Article by Article Commentary*, 1st ed, London, Sweet & Maxwell, 2008
- **HOBBS C.O.**, *Antitrust in the Next Decade - A Role for the Federal Trade Commission?*, 31 Antitrust Bull. 451 (1986)
- **HOVENKAMP H.**, *An Antitrust policy After Chicago*, 84 Mich. L. Rev. 213 (1985)

- **HOVENKAMP H.**, *Economics and Federal Antitrust Law*, St. Paul, Thomson West, 1985
- **HOVENKAMP H.**, *Enterprise and American Law, 1836-1937*, Cambridge, Harvard University Press, 1991
- **HOVENKAMP H.**, *Federal Antitrust policy – the law of competition and its practice*, Third Edition, Thomson west, 2005
- **HOVENKAMP H.**, *Post-Chicago Antitrust: A review and critique*, 2001 Colum. Bus. L. Rev. 257 (2001)
- **HOVENKAMP H.**, *The Sherman Act and the classical Theory of competition*, 74 Iowa L. Rev. 1019 (1989)
- **HUFFMAN M.**, *The Necessity of Pleading Elements in Private Antitrust Conspiracy Claims*, 10 U. Pa. J. Bus. & Emp. L. 627 (2008)
- **HYLTON N.K.**, *Antitrust law, Economic theory and common law evolution*, Cambridge University Press, 2003
- **IRTI N.**, *L'ordine giuridico del mercato*, La terza, Roma-Bari, 1998
- **IVALDI M., JULLIEN B., REY P., SEABRIGHT P., TIROLE J.**, *The Economic of Tacit Collusion*, in V. **GHOSHAL**, J. **STENNEK** (edited by), *The Political Economy of Antitrust*, Oxford, Elsevier, 2007
- **JACOBS M.S.**, *An essay on the normative foundations of Antitrust economics*, 74 N. C. L. Rev. 219 (1996)
- **JONES A., SUFRIN B.**, *EC Competition Law, Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 3rd ed., 2011
- **JOSEPHSON M.A.**, *Some things are better left said: pleading practice after bell atlantic corp v Twombly*, 42 Ga. L. Rev. 867 (2008)

- **JOSHUA J.M., JORDAN S.**, *Combinations, Concerted Practices and Cartels: Adopting the Concept of Conspiracy in European Community Competition Law*, 24 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 647 (2004)
- **KAPLOW L.**, *On the Meaning of Horizontal Agreement in Competition Law*, 99 *Calif. L. Rev.* 683 (2011)
- **KAUPER T.E.**, *Oligopoly: Facilitating Practices and Plus Factors*, in 2007, *Fordham Competition Law Institute*, 751 (B. Hawk, ed. 2008)
- **KAYSEN C.**, *Collusion Under the Sherman Act*, 65 *Quarterly Journal of Economics* 268 (1951)
- **KAYSEN C., TURNER D.F.**, *Antitrust Policy – An Economic and Legal Analysis*, Cambridge, Harvard University Press, 1959
- **KEYTE J.A.**, *Twombly: How Courts are Interpreting and Extending its Principles*, 23 *Antitrust ABA* 65 (2008)
- **KOMATIREDDI TICE S.**, *A “plausible” Explanation of pleading standards: Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 127 S.Ct. 1955, (2007)*, 31 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 827 (2008)
- **KORAH V.**, *Concerted Practices*, in *Modern Law Review*, 36, 1978
- **KOVACIC W.E.**, *Antitrust policy and Horizontal collusion in the 21st century*, 9 *Loy. Consumer L. Rep.* 97 (1997)
- **KOVACIC W.E.**, *The identification and proof of horizontal agreements under the antitrust law*, 38 *Antitrust Bull.* 5 (1993)
- **KWOKA Jr. J.E., WHITE L.J.**, *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy*, New York, Oxford University Press, 5th ed., 2009

- **LA ROCCA L.**, *Profili problematici dell'imputazione soggettiva della sanzione antitrust*, Torino, Giappichelli, 2010
- **LAMBO L.**, *Parallelismo consapevole e collusione nei mercati oligopolistici*, in *Foro it.*, 2001
- **LEIGH M.**, *Antitrust – high standard of proof required to show the existence of conspiracy*, 80 *Am. J. Int'l. L.* 955 (1986)
- **LEONE V.M.**, *Lo scambio di informazioni fra imprese in diritto comunitario*, in *Contr. e impr.* 1988
- **LEVENSTEIN M., SUSLOW V.**, *What determines a Cartel Success?*, 54 *Journal of Economic Literature*, 2006
- **LÉVÈQUE F.**, *UK Tractors, Paris Luxury Hotels and French Mobile Telephony Operators: Are all Oligopoly Information Exchanges bad for competition?*, in *World Competition*, 30(2), 2007
- **LEVIN N.G.**, *The Nomos of Narrative of Matsushita*, 73 *Fordham L. Rev.* 1627 (2005)
- **LEVINE B.S.**, *Predatory Pricing Conspiracies After Matsushita Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.: Can an Antitrust Plaintiff Survive the Supreme Court Scepticism?*, 22 *Int'l Law.* 529 (1988)
- **LIBERTINI M.**, *Principi e concetti fondamentali del diritto antitrust*, in **C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO**, *Manuale di diritto privato europeo*, III, Milano, Giuffrè, 2007
- **LIBERTINI M.**, *Concorrenza* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Annali III, Milano, Giuffrè, 2010

- **LIBERTINI M.**, *Le intese restrittive della concorrenza*, in C. **CASTRONOVO**, S. **MAZZAMUTO**, *Manuale di diritto privato europeo*, III, Milano, Giuffrè, 2007
- **LIBERTINI M.**, *Pratiche concordate e Accordi nella disciplina della concorrenza*, in *Giornale Dir. Amm.*, 5, 1997, 443
- **LOPATKA J.E.**, **PAGE W.H.**, *Economic Authority and the Limits of Expertise in Antitrust Case*, 90 *Cornell L. Rev.* 617 (2005)
- **MANN F.A.**, *The Dyestuffs Case in the Court of Justice of the European Communities*, 22 *Int'l & Comp. L. Q.* 35 (1973)
- **MANZINI P.**, *La collusione tra imprese nella disciplina antitrust comunitaria*, in *Diritto del commercio internazionale. Pratica internazionale e diritto interno*, 23.4, 2009
- **MARABINI F.**, *L'abuso di posizione dominante nella giurisprudenza comunitaria*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2004
- **MARKOVITS R.S.**, *A Response to Professor Posner*, 28 *Stan. L. Rev.* 919, 923 (1976)
- **MARKOVITS R.S.**, *Oligopolistic Pricing Suits, the Sherman Act and the Economic Welfare – Part I: Oligopolistic Price and Oligopolistic Pricing: Their Conventional and Operational Definition*, 26 *Stan. L. Rev.* 493 (1974)
- **MARKOVITS R.S.**, *Oligopolistic Pricing Suits, the Sherman Act and the Economic Welfare – Part II: Injurious Oligopolistic Pricing Sequences: Their Description, Interpretation, and Legality Under the Sherman Act*, 26 *Stan. L. Rev.* 717 (1974)

- **MARKOVITS R.S.**, *Oligopolistic Pricing Suits, the Sherman Act and the Economic Welfare – Part III: Proving (Illegal) Oligopolistic Pricing: A Description of the Necessary Evidence and a Critique of the Received Wisdom About Its Character and Cost*, 27 Stan L. Rev. 307 (1975)
- **MARKOVITS R.S.**, *Oligopolistic Pricing Suits, the Sherman Act and the Economic Welfare – Part IV: The Allocative Efficiency and Overall Desirability of Oligopolistic Pricing Suits*, 28 Stan. L. Rev. 45 (1976)
- **MARSHALL A.**, *Principles of Economics*, MacMillan, London, 1890
- **MARTIN S.**, *Economia industriale*, il Mulino, Bologna, 1994
- **MARTINEZ A.**, *Plausibility Among the Circuits: An empirical Survey of Bell Atlantic Corp., v. Twombly*, 61 Ark. L. Rev. 763 (2009)
- **MASON E.** *Price and Production Policies of Large-Scale Enterprises*, 29 Am. Econ. Rev. 61 (1939)
- **MCARTHUR J.B.**, **PATERSON T.W.**, *The effects of Monsanto, Matsushita and Sharp on the Plaintiff's Incentive to Sue*, 23 Conn. L. Rev. 333 (1991)
- **MCCANN T.A.**, *Plaintiffs' Attorney Wince as Second Circuit Applies Tough Twombly Standard to Antitrust Suits*, in 20 Loy. Consumer L. Rev. 232 (2008)
- **MCGEE J.S.**, *In Defense of Industrial Concentration*, New York, Praeger Publisher, 1971
- **MCGEE J.S.**, *Predatory Pricing Revisited*, 23 J. Law & Econ. 289 (1980)

- **MCMAHON C.**, *The Law of Unintended Consequences: Shockwaves in the Lower Courts after Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 41 Suffolk U. L. Rev. 851 (2008)
- **MECKFESSEL JUDSELON L.**, *Kodak v. Image Technical Services: The Taming of Matsushita and the Chicago School*, 1993 Wis. L. Rev., 1633 (1993)
- **MEYER D.L.**, *The Seventh Circuit's High Fructose Corn Syrup Decisione – Sweet for the Plaintiffs, Sticky for Defendants*, Antitrust, Fall, 72 (2002)
- **MEZZANOTTE F.E.**, *Tacit collusion as economic link in Article 82 EC revisited*, in *E.C.L.R.*, 3, 2009
- **MIKSCH L.**, *Wettbewerb als Aufgabe: Grundsätze einer Wettbewerbsordnung*, Godesberg, 2nd ed., 1947
- **MONTI G.**, *Oligopoly: Conspiracy? Joint monopoly? Or enforceable competition?*, in *World competition*, 19, 1996
- **MOTTA M., POLO M.**, *Antitrust – economia e politica della concorrenza*, il Mulino, Bologna, 2005
- **NASH J.F.**, *Non-cooperative games*, in *Annals of mathematics*, 54, 1951
- **NEAL P.**, *Report of the White House Task Force on Antitrust Policy*, pubblicato in 2 Antitrust L & Econ. Rev. 11, (1969)
- **NIELS G.**, *Collective dominance: more than just oligopolistic interdipendente*, in *E.C.L.R.*, 22, 2001
- **NIKPAY A., KJØLBYE L., FAULL J.**, *Article 81*, in **J. FAULL, A. NIKPAY**, *The EC law of competition*, New York, Oxford University Press, 2007

- **O'DONOGHUE R., PADILLA J.A.**, *The Law and Economics of Article 82*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2006
- **ODODU O.**, *Interpreting Article 81(1): demonstrating restrictive effects*, 26 *European Law Review*, 2001
- **ODODU O.**, *The boundaries of EC competition law, The scope of Article 81*, New York, Oxford University Press, 2006
- OECD, *Oligopoly*, DAF/CLP(99)25, Parigi, 1999, disponibile su <http://www.oecd.org/daf/clp/Roundtables/oligopoly.pdf>
- **OLIVIERI G., ZOPPINI A.** (a cura di), *Contratto e antitrust*, Bari, La terza, 2008
- **OSTI C.**, *Antitrust e oligopolio – Concorrenza, cooperazione e concentrazione*, Bologna, il Mulino, 1995
- **OSTI C.**, *Il controllo giuridico dell'oligopolio*, in *Giur Comm*, I, 1993
- **OSTI C.**, *Il lato oscuro dell'antitrust: qualche dubbio in più*, in *Foro it.*, IV, 1994
- **PACE L.F.**, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, Giuffrè, 2005
- **PAGE W. H.**, *Communication and Concerted Action*, 38 *Loy. U. Chi. L. J.* 405 (2007)
- **PAGE W.H.**, *Facilitating Practices and Concerted Action Under Section 1 of the Sherman Act*, maggio 2008, disponibile su <http://ssrn.com/abstract=1117667>
- **PAGE W.H.**, *The gary dinners and the meaning of concerted action*, 62 *S.M.U.L. Rev.* 597 (2009)

- **PAGE W.H.**, *Twombly and communication: the emerging definition of concerted action under the new pleading standards*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 5(3), 2009
- **PALADINI R.**, *Concorrenza* (voce), in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, II, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1992
- **PAPPALARDO A.**, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Torino, UTET giuridica, 2007
- **PARDOLESI R.**, *Intese restrittive della libertà della concorrenza*, in A. **FRIGNANI**, R. **PARDOLESI** (a cura di), *La Concorrenza*, in G. **AJANI**, A. **BENACCHIO** (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2006
- **PARDOLESI R.**, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in A. **FRIGNANI**, R. **PARDOLESI**, A. **PATRONI GRIFFI**, L. C. **UBERTAZZI** (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Bologna-Roma, Zanichelli 1993
- **PARDOLESI R.**, *Parallelismo e collusione oligopolistica: il lato oscuro dell'antitrust*, in *Foro it.*, 1994, IV
- **PEEPERKORN L.**, **VEROUDEN V.**, *The Economics of Competition*, in J. **FAULL**, A. **NIKPAY** (edited by), *The EC law of competition*, Oxford, Oxford University Press, 2004
- **PERITZ R.J.R.**, *Competition policy in America. History, Rhetoric, Law*, New York, Revised Edition, Oxford University Press, 2000
- **Piette Durrance C.**, *Collaboration among competitors: Texaco Inc. v. Dagher*, 53 antitrust Bull, 35 2008
- **PIRAINO T.A. Jr.**, *Regulating Oligopoly Conduct Under the Antitrust laws*, 89 Minn. L. Rev. 9 (2005)

- **POLO M.**, *La teoria dell'oligopolio*, Bologna, il Mulino, 1993
- Posner R. A., *Antitrust in the new economy*, 68 antitrust L.J. 925 2000-2001
- **POSNER R. A.**, *Antitrust law*, Chicago, University of Chicago Press, 2nd ed., 2001
- **POSNER R.**, *Economic Analysis of Law*, New York, Aspen, 7th ed., 2007
- **POSNER R.A.**, *Oligopolistic pricing suits, the Sherman Act and Economic Welfare – A reply to Professor Markovits*, 28 Stan. L. Rev. 903 (1976)
- **POSNER R.A.**, *Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach*, 21 Stan. L. Rev. 1562 (1969)
- **POSNER R.A.**, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, 127 U. Pa. L. Rev. 925 (1979)
- **PROSPETTI L.**, Siragusa M., Beretta M., Merini M., *Economia e diritto antitrust – un'introduzione*, Roma, Carocci editore, 2008
- **RAFFAELLI E. A.**, *oligopolio e normativa antitrust*, in Atti del convegno di Treviso, *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Milano, Giuffr , 1995
- **RAFFAELLI E.A.**, *L'evoluzione del concetto di posizione dominante collettiva nella disciplina antitrust*, in *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, (1), 2007
- **RAFFAELLI E.A.**, **OTTOLENGHI D.**, *La posizione dominante collettiva: quali prospettive dopo Airtours?*, in *Conc. e Merc.*, 13-14, 2005–2006

- **RAHL J.A.**, *Conspiracy and the Anti-Trust Law*, 44 Ill. L. Rev. 743 (1950)
- **RIZZA C.**, *La posizione dominante collettiva nella giurisprudenza comunitaria*, in *Conc. e Merc.*, 8/2000
- **ROBINSON J.**, *The Economics of Imperfect Competition*, London, Macmillan, 1934
- **ROSSI DAL POZZO F.**, **NASCIMBENE B.** (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, Giuffr , 2009
- **ROSSI G.**, *Illecito antitrust e tutela del consumatore*, Torino, Giappichelli, 2009.
- **ROSTOW E.V.**, *The New Sherman Act: A positive Instrument of Progress*, 14 U. Chi. L. Rev. 567, 584 (1947)
- **SABA P.**, **BOCCACCIO M.**, *La nozione di pregiudizio al commercio tra Stati Membri (art. 101, par. 1, TFUE)*, in A. **CATRICAL **, P. **TROIANO** (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercati*, Torino, Utet, 2010
- **SALOP S.C.**, *Practiced that (Credibly) facilitate Oligopoly Coordination*, in J.E. **STIGLITZ**, G.F. **MATHEWSON** (edited by), *New Developments in the analysis of Market Structure*, Macmillan, 1986, 265
- **SCARCIA G.**, *Le concentrazioni nei mercati oligopolistici nell'ottica del nuovo regolamento: un epitaffio per la posizione dominante collettiva?*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2004
- **SCHERER F. M.**, **ROSS D.**, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston, Houghton-Mifflin Co., 3rd ed., 1990

- **SCHWARTZ V.E., APPEL C.E.**, *Rational Pleading in the Modern World of Civil Litigation: The Lessons and Public Policy Benefits of Twombly and Iqbal*, 33 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 1107 (2010)
- **SHERMAN R.**, *The Matsushita case: Tightened Concepts of Conspiracy and predation?*, 8 Cardozo L. Rev., 1121 (1987)
- **SHORES D.F.**, *Narrowing the Sherman Act Through an Extension of Colgate: the Matsushita case*, 55 Tenn. L. Rev. 261 (1988)
- **SIGNORINO R.**, *Istituzioni di economia politica - volume I - microeconomia*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2008
- **SKOCILICH J.**, *Narrower is Better - The Third Circuit's Latest Word on Conscious Parallelism and the Problem of Plus Factors: in re Flat Glass*, 50 Vill. L. Rev. 1309 (2005)
- **SMITH A.**, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, London: Methuen and Co., Ltd., 1776, in italiano: *La ricchezza delle nazioni*, Libro Primo, Capitolo X, Edizione speciale realizzata per Milano Finanza, 2006,
- **SMITH A.**, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, London: Methuen and Co., Ltd., 1776, in italiano: *La ricchezza delle nazioni*, Libro Primo, Capitolo X, Edizione speciale realizzata per Milano Finanza, 2006
- **SPADAFORA A.**, *La nozione di impresa nel diritto comunitario*, in *Giust. Civ.*, II, 1990
- **SPENCER A.B.**, *Plausibility Pleading*, 49 B. C. L. Rev. 431 (2008)
- **SRAFFA P.**, *The Laws of Returns under Competitive Conditions*, in *The Economic Journal*, 36, 1926, tradotto in italiano con il titolo *Le leggi*

- della produttività in regime di concorrenza*, in (a cura di) G. DEL VECCHIO, *Economia pura*, Torino, Utet, 1937
- **STEUER R.M.**, *Plausible pleading: Bell Atlantic Corp v. Twombly*, 82 St. John's L. Rev. 861 (2008)
 - **STIGLER G.**, *A Theory of Oligopoly*, in *Journal of Political Economy*, 72 (1964)
 - **STOCKING G.W.**, *Workable Competition and Antitrust Policy*, Nashville, Vanderbilt University Press, 1961.
 - **STROUX S.**, *Article 82 EC – Dominance and Oligopolies*, in G. Amato, C.D. Ehlermann (edited by), *EC Competition Law – A Critical Assessment*, Oxford and Portland, Oregon, 2007
 - **STROUX S.**, *US and EC oligopoly control*, The Hague, Kluwer Law International, 2004
 - **SULLIVAN E.T.** (edited by), *The Political Economy of the Sherman Act. The First One Hundred Years*, New York, Oxford University Press, 1991
 - **SULLIVAN L.A.**, **GRIMES W.S.**, *The Law of Antitrust. An Integrated Handbook*, St. Paul, Thomson West, 2nd ed., 2006
 - **SYLOS LABINI P.**, *Oligopolio e progresso tecnico*, Torino, Piccola Biblioteca Einaudi, 1972
 - **TESAURO C.**, *Crisi dell'impresa e posizione dominante collettiva nella disciplina delle concentrazioni*, in *Foro it.*, IV, 1999
 - **TOWNELY C.**, *The Concept of "Undertaking": the Boundaries of the Corporation – A Discussion of Agency, Employees and Subsidiaries*, in

- G. AMATO, C.D. EHLERMANN (edited by), *EC Competition Law. A Critical Assessment*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2007
- TRIMARCHI P., *Il problema giuridico delle pratiche concordate tra gli oligopolisti*, in *Riv. Soc.*, 1969, 9
 - TURNER D.F., *The definition of agreement under the S.A.: Conscious parallelism and refusal to deal*, 74 *Harv. L. Rev.* 655 (1962)
 - TURNER D.F., *The scope of Antitrust and Other Economic Regulatory Policies*, 82 *Harv. L. Rev.* 1207 (1969)
 - UBERTAZZI L.C. (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, CEDAM, 2007
 - VAN BAEI I., BELLIS J. F., *Competition Law of the European Community*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010
 - VAN DEN BERGH R., CAMESASCA, D., *European Competition Law and Economics, A Comparative Perspective*, London, Sweet & Maxwell, 2nd ed., 2006
 - VAN DEN BERGH R., *Introduzione: L'analisi economica del diritto della concorrenza*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, vol. I, Bologna, Zanichelli, 1993
 - VAN GERVEN G., NAVARRO VERONA E., *The Wood pulp case and the future of concerted practices*, in *C.M.L.R.*, 31, 1994
 - VECCHI T., *Unilateral Conduct in an Oligopoly according to the Discussion Paper on Art. 82: Conscious Parallelism or Abuse of Collective Dominance*, in *World Competition*, 31(3), 2008

- **VON NEUMANN J.E. MORGENSTERN O.**, *Theory of Games and Economic Behaviour*, Princeton, Princeton University Press, 1944
- **VON STACKELBERG H.**, *Marktform und Gleichgewicht*, Vienna, Julius Springer, 1934. Questa opera è stata pubblicata in inglese con il titolo *The Theory of the Market Economy*, tradotta da A.T. Peacock, New York, Oxford University Press, 1952.
- **WALKER A.H.**, *History of the Sherman Law of the United States of America*, Westport, Greenwood press, 1910
- **WERDEN G.J.**, *Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust law with Oligopoly Theory*, 71 Antitrust L. J. 719 (2004)
- **WHISH R.**, *Competition law*, Oxford, Oxford University Press, 6th ed., 2009
- **WHISH R., SUFRIN B.**, *Competition Law*, London, Butterworths, 1993
- Withers C. and Jephcott M., *Where to now for E.C. oligopoly control?*, in ECLR, 2001

SENTENZE DELLE CORTI STATUNITENSI

CORTE SUPREMA

- *Akos Swierkiewicz v. Sorema N. A.*, 534 U.S. 506 (2002)
- *American Column & Lumber v. United States*, 257 U.S. 377 (1921)
- *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781 (1946)
- *Bell Atlantic Corp. v. William Twombly*, 550 U.S. 544 (2007)
- *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993)
- *Charlene Leatherman v. Tarrant County Narcotics Intelligence and Coordination Unit*, 507 U.S. 163 (1993)
- *Conley v. Gibson*, 355 U.S. 41 (1957)
- *First National Bank of Arizona v. Cities Service Co.*, 391 U.S. 287 (1968)
- *Interstate Circuit Inc. v. United States*, 306 U.S. 208 (1939)
- *John D. Ashcroft et al. v. Javaid Iqbal et al.*, 556 U.S. 662 (2009)
- *Maple Flooring Manufacturers Association et al. v. United States*, 268 U.S. 563 (1925)
- *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corporation*, 475 U.S. 574 (1986)
- *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752 (1984)

- *Norfolk Monument Co., Inc. v. Woodlawn Memorial Gardens, Inc., et al.*, 394 U.S. 700, 703 (1969)
- *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1 (1910)
- *Theatre Enterprises v. Paramount Film Distributing Corp.*, 346 U.S. 537 (1954)
- *United States v. Container Corp. of America et al.*, 393 U.S. 333 (1969)
- *United States v. Gypsum Co.*, 438 U.S. 422 (1978)
- *United States v. Paramount Pictures, Inc.*, 334 U.S. 131 (1948)
- *United states v. Scony-Vacuum Oil Co., Inc.*, 310 U.S. 150 (1940)
- *United States v. Trans-Missouri Freight Association.*, 166 U.S. 290 (1897)
- *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004)

COURT OF APPEALS

- *Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Sask*, 203 F.3d 1028, 1032-1033 (8th Circ. 2000)
- *Boise Cascade Corp. et al. v. Federal Trade Commission*, 637 F.2d 573 (9th Circ., 1980)
- *C-O-Two Fire Equipment Co. et al. v. United States*, 197 F.2d 489, 493 (9th Circ. 1952)
- *Delaware Valley Marine Supply Co. v. American Tobacco Co.*, 297 F.2d 199, 206 n. 19 (3rd Corc. 1961)

- *E.I. Du Pont De Nemours & Company v. Federal Trade Commission, Ethyl Corporation v. Federal Trade Commission*, 729 F.2d 128 (2nd Circ., 1984)
- *In re Baby Food Antitrust Litigation*, 166 F.3d 112 (3rd Circ., 1999)
- *In re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Products Antitrust Litigation*, 906 F.2d 432, 449 (9th Circ. 1990)
- *In re Flat Glass Antitrust Litigation*, 385 F.3d 350 (3rd Circ., 2004)
- *In Re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, (7th Circ., 2002)
- *In re Japanese Electronic Products Antitrust Litigation*, 723 F.2d 238 (3rd Circ., 1983)
- *Milgram v. Loew's Inc.*, 192 F.2d 579, 583 (3rd Circ 1951)
- *Naumkeag Theatres Co. v. New England Theatres, Inc.*, 345 F.2d 910 (1st Circ., 1965), cert. Denied, 382 U.S. 906 (1965)
- *Petruzzi's IGA Supermarkets Inc., v. Darling-Delaware Company Inc. et al.*, 998 F.2d 1224 (3rd Circ., 1993)
- *Rebel Oil Company Inc. v. Atlantic Richfield Company*, 51 F.3d 1421 (9th Circ., 1995)
- *Roberta Todd v. Ennox Corporation*, 275 F.3d 191 (2nd Circ., 2001)
- *Toys "R" Us, Inc. v. Federal Trade Commission*, 221 F.3d 928 (7th Circ., 2000)
- *Transhorn Ltd. Et al. v. Unites Technologies Corporation et al.*, 502 F.3d 47 (2nd Circ., 2007)
- *Triangle Conduit & Cable Co. v. FTC*, 168 F.2d 175 (7th Circ. 1948) confermata da *Clayton Mark & Co. v. FTC*, 336 U.S. 956 (1949)

- *Twombly v. Bell. Atlantic Corp.*, 425 F.3d 99, 114 (2nd Circ. 2005)
- *Venzie Corp. v. US Mineral Prods. Co.*, 521 F.2d 434, 446 (3rd Corc. 1977)
- *Williamson Oil Company, Inc., et al. v. Philip Morris USA, et al.*, 346 F.3d 1287 (11th Circ. 2003)

DISTRICT COURTS

- *City of Moundridge v. Exxon Mobil Corp.*, 250 F.R.D. 1 (D.D.C., 2008)
- *FTC v. Lukens Seel Co.*, 454 F.Supp. 1182, 1197 n. 18 (D.D.C. 1978)
- *FTC v. Lukens Steel Co.*, 454 F. Supp. 1182 (D.D.C. 1978)
- *Graphics Processing Units Antitrust Litigation*, N. 06-07417, (N.D. Cal., July 18, 2008)
- *In re TFT-LCD (Flat Panel) Antitrust Litigation*, 586 F.Supp.2d 1109 (N.D. Cal. 2008)
- *Travel Agent Commission Antitrust Litigation*, N. 1:30 CV 30000 (N.D. Ohio, October 29, 2007)
- *Twombly v. Bell. Atlantic Corp.*, 313 F. Supp. 2D 174 (S.D.N.Y. 2003)
- *United States v. Armour & Co.*, No. 48-1351 (N.D. Ill., filed Sept. 15, 1948)
- *United States v. General Motors Corp.*, 1974-2 Trade Cas. (CCH) P75,253 (E. D. Mich. 1974)
- *United States v. Paramount Pictures, Inc., et al.*, 66 F. Supp. 323 (S.D.N.Y. 1946)

SENTENZE E ORDINANZE DELLE CORTI EUROPEE

TRIBUNALE DI PRIMO GRADO

- Tribunale di Primo Grado, 24 ottobre 1991, *Rhône-Poulenc SA c. Commissione delle Comunità europee*, T-1/89, Racc. 1991 II-867
- Tribunale di Primo Grado, 10 marzo 1992, *Società Italiana Vetro SpA e altri c. Commissione delle Comunità europee*, Cause riunite T-68, 77-78/89, Racc. 1992 II-1403
- Tribunale di Primo Grado, 27 ottobre 1994, *Fiatagri UK Ltd e New Holland Ford Ltd c. Commissione delle Comunità europee*, T-34/92, Racc. 1994 II-905
- Tribunale di Primo Grado, 27 ottobre 1994, *John Deere Ltd c. Commissione delle Comunità europee*, T-35/92, Racc. 1994 II-957
- Tribunale di Primo Grado, 11 marzo 1999, *Thyssen Stahl AG c. Commissione delle Comunità europee*, T-141/94, Racc. 1999 II-347
- Tribunale di Primo Grado, 25 marzo 1999, *Gencor Ltd c. Commissione delle Comunità europee*, T-102/96, Racc. 1999 II-753
- Tribunale di Primo Grado, 15 marzo 2000, *Cimenteries CBR e altri c. Commissione delle Comunità europee*, Cause riunite T-25-26, T-30-32, T-34-39, T-42-46, T-48, T-50-65, T-68 -71, T-87 -88, T-103-104/95, Racc. 2000 II-491

- Tribunale di Primo Grado, 26 ottobre 2000, *Bayer AG c. Commissione delle Comunità europee*, T-41/96, Racc. 2000 II-3383
- Tribunale di Primo Grado, 20 marzo 2002, *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG e altri c. Commissione delle Comunità europee*, T-9/99, Racc. 2002 II-1487
- Tribunale di Primo Grado, 6 giugno 2002, *Airtours plc c. Commissione delle Comunità europee*, T-342/99, Racc. 2002 II-2585
- Tribunale di Primo Grado, 26 gennaio 2005, *Laurent Piau c. Commissione delle Comunità europee*, T-193/02, Racc. 2005 II-209
- Tribunale di Primo Grado, 8 luglio 2008, *BPB plc contro Commissione delle Comunità europee*, T-53/03, Racc. 2008 II-1333

CORTE DI GIUSTIZIA

- Corte di Giustizia, 13 luglio 1966, *Établissements Consten S.à.R.L. e Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commissione della C.E.E.*, Cause riunite C-56 e 58/64, Racc. 1966 429
- Corte di Giustizia, 15 luglio 1970, *ACF Chemiefarma NV c. Commissione delle Comunità europee*, C-41/69, Racc. 1970 661
- Corte di Giustizia, 15 luglio 1970, *Buchler & Co. c. Commissione delle Comunità europee*, C-44/69, Racc. 1970 733
- Corte di Giustizia, 15 luglio 1970 *Boehringer Mannheim GmbH c. Commissione delle Comunità europee*, C-45/69, Racc. 1970 769

- Corte di Giustizia, 8 giugno 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c. Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, C-78/70, Racc. 1971 487
- Corte di Giustizia, 14 luglio 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd v. Commissione*, C-48/69, Racc. 1972 I-619
- Corte di Giustizia, 14 luglio 1972, *J. R. Geigy AG v. Commissione*, C-52/69, Racc. 1972 I-787
- Corte di Giustizia, 14 luglio 1972, *Sandoz AG v. Commissione*, C-53/69, in Racc. 1972 I-845
- Corte di Giustizia, 16 dicembre 1975, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA e altri v. Commissione*, cause riunite C-40-48, 50, 54-56, 111, 113 e 114/73, in Racc. 1975 II-1663
- Corte di Giustizia, 14 febbraio 1978, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione delle Comunità europee*. C-27/76, Racc. 1978 207
- Corte di Giustizia, 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione delle Comunità europee*, C-85/76, Racc. 1979 461.
- Corte di Giustizia, 14 luglio 1981, *Gerhard Züchner c. Bayerische Vereinsbank AG.*, C-172/80, Racc. 1981 2021
- Corte di Giustizia, 28 marzo 1984, *Compagnie royale asturienne des mines SA e Rheinzink GmbH c. Commissione delle Comunità europee*, Cause riunite 29 e 30/83, Racc. 1984 1679
- Corte di Giustizia, 23 aprile 1991, *Klaus Höfner e Fritz Elser contro Macrotron GmbH*, C-41/90, Racc. 1991 I-1979

- Corte di Giustizia, 31 marzo 1993, *A. Ahlström Osakeyhtiö e altri c. Commissione delle Comunità europee*, Cause riunite C-89, 104, 114, 116 -117, 125-129/85, Racc. 1993 I-1307.
- Corte di Giustizia, 27 aprile 1994, *Comune di Almelo e altri c. NV Energiebedrijf Ijsselmij NV*, C-393/92, Racc. 1994 I-1477
- Corte di Giustizia, 5 ottobre 1995, *Centro Servizi Spediporto Srl c. Spedizioni Marittima del Golfo Srl*, Causa C-96/94, Racc. 1995 I-2883
- Corte di Giustizia, 17 ottobre 1995, *DIP SpA e altri c. Comune di Bassano del Grappa e Comune di Chioggia*, Cause riunite C-140/94, C-141/94 e C-142/94, Racc. 1995 I-3257
- Corte di Giustizia, 17 giugno 1997, *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA e Anni Azzurri Rezzato Srl c. Regione Lombardia*, C-70/95, Racc. 1997 I-3395
- Corte di Giustizia, 31 marzo 1998, *Repubblica francese e Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) e Entreprise minière et chimique (EMC) c. Commissione delle Comunità europee*, Cause riunite C-68/94 e C-30/95, Racc. 1998 I-1375
- Corte di Giustizia, 28 maggio 1998, *New Holland Ford Ltd c. Commissione delle Comunità europee*, C-8/95 P, Racc. 1998 I-3175
- Corte di Giustizia, 28 maggio 1998, *John Deere Ltd c. Commissione delle Comunità europee*, C-7/95 P., Racc. 1998 I-3111
- Corte di Giustizia, 18 giugno 1998, *Commissione v. Italia*, C-35/96, Racc. 1998 I-3851
- Corte di Giustizia, 17 dicembre 1998, *Baustahlgewebe GmbH c. Commissione delle Comunità europee*, C-185/95 P, Racc. 1998 I-8417

- Corte di Giustizia, 8 luglio 1999, *Commissione delle Comunità europee v. Anic Partecipazioni SpA.*, C-49/92 P, Racc. 1999 I-4125
- Corte di Giustizia, 8 luglio 1999, *Hüls AG contro Commissione delle Comunità europee*, C-199/92 P, Racc. 1999 I-4287
- Corte di Giustizia, 16 marzo 2000, *Compagnie maritimes belges transports SA, Compagnie maritimes belges SA e Dafra-Lines A/S c. Commissione delle Comunità europee*, Cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, Racc. 2000 I-1365
- Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, *Courage Ltd c. Bernard Crehan e Bernard Crehan c. Courage Ltd and Others*, C-453/99, Racc. 2001 I-6297
- Corte di Giustizia, 19 febbraio 2002, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, C-309/99, Racc. 2002 I-1577
- Corte di Giustizia, 2 ottobre 2003, *Eurofer ASBL v. Commissione delle Comunità europee*, C-179/99 P, Racc. 2003 I-10725
- Corte di Giustizia, 2 ottobre 2003, *Thyssen Stahl AG c. Commissione delle Comunità europee*, C-194/99 P, Racc. 2003 I-10821
- Corte di Giustizia in seduta plenaria, 6 gennaio 2004, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV e Commissione delle Comunità europee c. Bayer AG*, Cause riunite C-2/01 e C-3/01 P, Racc. 2004 I-23
- Corte di Giustizia, 7 gennaio 2004, *Aalborg Portland A/S et al. c. Commissione delle Comunità europee*, Cause riunite C-204-205, 211, 213, 217, 219/00 P, Racc. 2004 I-123

- Corte di Giustizia, 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri A/S e altri v. Commissione*, C-189/02, Racc. 2005 I-5425
- Ordinanza della Corte di Giustizia, 23 febbraio 2006, *Laurent Piau c. Commissione delle Comunità europee*, C-171/05 P, Racc. 2006 I-37
- Corte di Giustizia, 13 luglio 2006, *V. Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, A. Cannito c. Fondiaria Sai SpA e N. Tricarico e P. Murgolo c. Assitalia SpA*, Cause riunite C-295-298/04, Racc. 2006 I-6619
- Corte di Giustizia, 13 luglio 2006, *Commissione v. Volkswagen AG*, C-74/04 P, Racc. 2006 I-6585
- Corte di Giustizia, 21 settembre 2006, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied c. Commissione delle Comunità europee*, C-Causa C-105/04 P, Racc. 2006 I-8725
- Corte di Giustizia, 25 gennaio 2007, *Sumitomo Metal Industries Ltd e Nippon Steel Corp. c. Commissione delle Comunità europee*, Cause riunite C-403, 405/04 P, Racc. 2007 I-729
- Corte di Giustizia, 20 novembre 2008, *Competition Authority c. Beef Industry Development Society Ltd e Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd.*, C-209/07, Racc. 2008 I-8637
- Corte di Giustizia, 4 giugno 2009, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV e Vodafone Libertel NV v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, C-8/08, Racc. 2009 I-4529

- Corte di Giustizia, 17 giugno 2010, *Lafarge SA c. Commissione europea*, C-413/08 P, Racc. 2010 I-5361

DECISIONI DELLA COMMISSIONE

- Decisione della Commissione, 69/240/CEE, 16 luglio 1969 relativa ad una procedura a norma dell'articolo 85 del Trattato CEE, IV/26.623 - *Intesa internazionale della chinina*, in GU L 192/5, 5 agosto 1969
- Decisione della Commissione, 69/243/CEE, 24 luglio 1969, relativa ad una procedura a norma dell'articolo 85 del Trattato CEE, IV 26.267, *Materie Coloranti*, in GU L 195/11, 7 agosto 1969
- Decisione della Commissione 73/109/CEE, 2 gennaio 1973, relativa ad una procedura d'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato CEE, IV/26.918 - *Industria europea dello zucchero*, GU. L-140/17, 26 maggio 1973, sezione E
- Decisione della Commissione 77/592/CEE, 8 settembre 1977, relativa ad una procedura a norma dell'articolo 85 del trattato CEE, IV/312-366 - *COBELPA/VNP*, GU L-242/10, 21 settembre 1977
- Decisione della Commissione 80/182/CEE, 28 novembre 1979, riguardante una procedura ai sensi dell'articolo 85 del trattato CEE, IV/29.672 – *FLORAL*, GU L-39/51, 15 febbraio 1980
- Decisione della Commissione 85/202/CEE, 19 dicembre 1984, relativa ad una procedura ai sensi dell'articolo 85 del trattato CEE, IV/29.725 - *Pasta per carta*, GU L 85/1, 26 marzo 1985
- Decisione della Commissione 86/398/CEE, 23 aprile 1986, relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 85 del trattato CEE, IV/31.149 – *Polipropilene*, GU L 230/1, 18 agosto 1986

- Decisione della Commissione, 92/157/CEE, 17 febbraio 1992, relativa ad un procedimento di applicazione dell'articolo 85 del trattato CEE, IV/31.370 e 31.446 - *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, GU L-68/19, 13 marzo 1992
- Decisione della Commissione 94/599/CE, 27 luglio 1994, relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 85 del trattato CE, IV/31.865, PVC, GU L-239/14, 14 settembre 1994
- Decisione della Commissione 94/987/CE, 21 dicembre 1994, relativa ad un procedimento in forza dell'articolo 85 del trattato CE, IV/32.948 - IV/34.590, *Tretorn ed altri*, GU L-378/45, 31 dicembre 1994