

XVI CONVEGNO ANNUALE
DELL' ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

**"STATO, IMPRESE, MERCATI IN UN MONDO
ALLA RICERCA DI NUOVI EQUILIBRI"**
Roma, 21-22 febbraio 2025

FRANCESCO DENOZZA
PROFESSORE EMERITO - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

La decisione *United States v. Google LLC* (D.D.C. Aug. 5, 2024) e i nuovi equilibri del diritto *antitrust*.

SOMMARIO: 1. Il diritto *antitrust* verso nuovi equilibri? - 2. Le grandi dicotomie del diritto *antitrust* e la contrapposizione tra breve e lungo periodo. - 3. I pretesi effetti escludenti degli accordi stipulati da Google e i relativi oneri probatori. - 4. La ragionevole idoneità degli accordi in questione a produrre effetti restrittivi della concorrenza e il c.d. *as efficient competitor test*. - 5. Quali effetti sono, in definitiva, rilevanti? - 6. Conclusioni: la difesa della concorrenza e l'interesse dei consumatori.

1- *Il diritto antitrust verso nuovi equilibri?*

Nel diritto *antitrust* è particolarmente evidente (ed aspro) lo scontro tra le tesi di coloro che ne ripropongono come finalità il perseguimento degli stessi equilibri che sono stati perseguiti negli ultimi quaranta o cinquanta anni, e le tesi di coloro che propongono un radicale cambiamento delle valutazioni che questi equilibri hanno sinora sorretto. Questo scontro è particolarmente acuto negli Stati Uniti, che è l'ordinamento in cui le teorie nell'ultimo mezzo secolo dominanti (quelle che assumono come riferimento principale la massimizzazione del c.d. "*consumer welfare*") sono state elaborate e più coerentemente applicate.

La recente sentenza ¹ (d'ora in poi "decisione Google") dal cui esame il presente lavoro trae spunto, affronta e risolve alcune delle questioni su cui più accese sono le divergenze tra i sostenitori delle vecchie impostazioni c.d. Chicago o post- Chicago, e i sostenitori della necessità di un radicale rinnovamento, i c.d. neo- Brandeisiani². A ciò va poi aggiunto, come ulteriore motivo di interesse, la natura della fattispecie concreta esaminata, fattispecie che si colloca al centro dell'operatività di una delle più importanti tra le molte piattaforme oramai onnipresenti nella vita di quasi tutti noi. ³

Non è possibile in questa sede esaminare tutte le diverse questioni affrontate dalla decisione in esame (lunga e complessa). Non mi occuperò perciò del problema della definizione dei mercati rilevanti, e dell'accertamento dell'esistenza, su tali mercati, di quella che con linguaggio europeo, possiamo chiamare la posizione dominante di Google.

Anche con riferimento alla natura abusiva dei vari comportamenti contestati, eviterò di entrare nei dettagli dei differenti accordi sottoscritti da Google con i differenti soggetti interessati e mi concentrerò sui problemi sollevati dai più semplici tra tali accordi, l' accordo (c.d. ISA, Internet Service Agreement) con cui Google si impegna a pagare ad Apple una percentuale dei suoi ricavi da pubblicità in cambio dell'impegno di Apple a preinstallare quello di Google come motore di ricerca di *default* su Safari, e l'accordo, simile, stipulato da Google con Mozilla, relativo alla preinstallazione di Google su Firefox ⁴

Prima di occuparmi di questi problemi specifici vorrei però chiarire i termini generali in cui deve essere inquadrato lo scontro cui accennavo all'inizio e precisare, all'interno di questo

¹ D.C. District Court (Judge Amit Mehta) *United States v. Google*, No. 20-cv-3010, 2024 WL 3647498, at *3 (D.D.C. Aug. 5, 2024).

² Ho cercato di descrivere i termini del dibattito in maniera più analitica in F. Denozza, *Consumer welfare e shareholder value: le comuni radici, i limiti e i difetti di due teorie neoliberali*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 3/2023, 587, 608ss.

³ Il caso presenta affinità e in parte sovrapposizioni con il caso europeo che va sotto il nome di *Google Android*, oggetto di una decisione della Commissione, Case AT.40.099--Google Android, Comm'n Decision (July 18, 2018) Summary at 2019 O.J. (C 402) 19, sostanzialmente confermata dal Tribunale, T 604 /18 del 14 settembre 2022. Sulle somiglianze e dissomiglianze tra i due casi e tra le impostazioni della Commissione e dell'Antitrust Division, v. Monti, G., & Feases, A. R. (2020), *The Case against Google: Has the US Department of Justice Become European?. Antitrust*, 35, 26.

⁴ Per apprezzare la rilevanza di questi accordi basta ricordare che il primo (quello con Apple) ha comportato nel 2022 pagamenti per 20 miliardi di dollari, mentre il secondo (quello con Mozilla) ha comportato nel 2021 pagamenti per 400 milioni di dollari, pari all'80% del budget operativo di Mozilla

quadro generale, il punto di vista che adotterò nell'analisi delle questioni risolte dalla decisione *Google*.

2. - *Le grandi dicotomie del diritto antitrust e la contrapposizione tra breve e lungo periodo.*

Il diritto antitrust è attualmente caratterizzato dalla presenza di contrapposti riferimenti teorici, molti dei quali possono essere presentati come vere e proprie dicotomie.

Esistono contrapposte nozioni di concorrenza (in particolare, la concorrenza post- Bork, contrapposta alla precedente impostazione c.d. strutturalista)⁵

Esistono diverse concezioni del diritto antitrust, concepito come “*a comprehensive charter of economic liberty*”⁶ o come “... *the Magna Carta of free enterprise*”⁷ e quindi come un potenziale strumento di attribuzione di diritti soggettivi individuali, o come uno strumento di *policy*.

Nella prima concezione l'*antitrust* crea delle posizioni soggettive (diritti) che devono essere in ogni caso tutelate, nella seconda c'è un obiettivo politico - ad es., impedire la crescita dei prezzi- e si tratta di modulare di volta in volta le politiche più adatte al raggiungimento dello scopo.

Una terza dicotomia può essere costruita contrapponendo direttamente procedure e risultati. La concorrenza stile Chicago è focalizzata sui risultati. Nella concezione tradizionale, la concorrenza è invece un processo che va difeso come tale.⁸

Un'altra dicotomia evoca la possibile contrapposizione tra giustizia ed efficienza. Nella tradizione che si richiama al modello della concorrenza perfetta (o almeno, effettiva) il

⁵ Come è noto, la tesi principale proposta da R. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York, Basic Books, 1978, che ebbe grande successo e seguito, fu quella di sostituire la nozione comune e tradizionale di concorrenza con una definizione convenzionale che considera anticoncorrenziali solo i comportamenti da cui possa derivare una diminuzione dell'*output* e/o un aumento dei prezzi.

⁶ *Northern Pacific R. Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958).

⁷ *United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596, 610 (1972).

⁸ Come è noto la giurisprudenza europea tende a non prendere posizione su questa alternativa e fa riferimento sia al perseguimento del risultato (benessere dei consumatori) sia alla salvaguardia del processo (concorrenziale). Sulla posizione della Corte v., recentemente, A.Zanardo, *Il «consumer welfare approach» nei recenti documenti della Commissione europea in materia di antitrust*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 3/23, 739, spec. a n.23.

perseguimento della concorrenza non è solo una questione di efficienza. Un mercato concorrenziale è anche un luogo in cui si realizza una certa (sia pure, a parere di molti, discutibile) giustizia. A ciascuno viene garantito un elevato livello di libertà, ciascuno è remunerato in ragione del suo riconosciuto contributo, ecc. Nella concezione di Chicago (e post - Chicago) l'obiettivo di preservare la concorrenza è giustificato solo da ragioni di efficienza economica.

Ovviamente ogni corno di queste contrapposizioni sollecita il perseguimento di equilibri tra i vari interessi in gioco che sono diversi da quelli che si realizzerebbero scegliendo l'alternativa opposta. Qui non posso certo ricostruire i vari possibili equilibri e dovrò limitarmi ad esaminare alcune delle questioni di cui si occupa la decisione *Google*.

Lo farò cercando però di illustrare le implicazioni di un'altra possibile contrapposizione, che a mio avviso intercetta molti temi presenti nelle attuali discussioni. Alludo alla contrapposizione tra breve e lungo periodo, che è la categoria con cui la Commissione ha per diversi anni interpretato, suscitando polemiche anche aspre, i problemi di disciplina della società per azioni e dei mercati finanziari.

Non è questo il luogo per analizzare le politiche che sono state ispirate da questa impostazione e per valutarne coerenza e risultati⁹. Ciò che qui mi interessa sottolineare, è che anche nell'ambito dell'applicazione del diritto *antitrust*, la distinzione tra visioni di breve periodo e visioni di lungo periodo può essere utilmente impiegata, al fine di un miglior chiarimento degli obiettivi che meritano di essere complessivamente perseguiti.

In termini generali chiarisco subito che ad una visione di breve periodo sono sicuramente ricollegabili la già ricordata teoria del *consumer welfare* e la sua proposta di considerare illeciti solo i comportamenti da cui possa derivare una diminuzione del benessere dei consumatori, misurato in relazione all'andamento dei prezzi e dell'offerta.

Questa prospettiva considera il potere economico delle imprese che non comporti immediate diminuzioni dell'*output*, irrilevante o, addirittura, benefico (là dove si possa

⁹ Ho cercato di ricostruire le fila della politica europea in materia in diversi lavori. Tra i più recenti v. F. Denozza, *Il coinvolgimento democratico degli stakeholder: punto d'arrivo coerente e necessario del progetto europeo sul governo delle società*, in *La s.p.a. nell'epoca della sostenibilità*; Id., *La politica dell'Unione Europea sul governo societario e il coinvolgimento democratico degli stakeholder*, di prossima pubblicazione negli studi in onore di J.M. Embid Irujo.

presumere che esso sia premio e incentivo al progresso e all'innovazione). Ne deriva un orientamento sostanzialmente disposto a tollerare, se non addirittura ad incoraggiare, qualsiasi potere economico che nell'immediato non produce aumenti dei prezzi, senza alcuna valutazione delle prospettive potenzialità oppressive che il consolidamento di posizioni di potere può implicare. Le possibili negative ricadute sul lungo periodo della presenza di imprese dotate di un potere monopolistico sottratto ad ogni significativa concorrenza vengono sostanzialmente ignorate e la possibilità di trovarsi di fronte ad un problematico futuro dominato da poteri economici che si è rinunciato a controllare, viene accettata in cambio di un (più o meno ipotetico) vantaggio presente.¹⁰

Che la teoria del *consumer welfare* implichi una visione di brevissimo periodo, che sopravvaluta i benefici (monetari) presenti e sottovaluta i rischi (strutturali) futuri, mi sembra indiscutibile.

Vorrei però rilevare che anche nell'ambito delle teorie "strutturaliste", quelle che attribuiscono adeguata rilevanza all'obiettivo del mantenimento di una struttura del mercato sufficientemente concorrenziale, esiste una certa ambiguità. Le concezioni relative a cosa debba intendersi per processo, o per struttura, concorrenziale, sono infatti varie, sono spesso piuttosto vaghe, e ricche di implicazioni diverse¹¹.

Non posso procedere qui ad una rassegna di tutte le possibili concezioni del processo concorrenziale protetto dal diritto *antitrust*. Lasciando da parte il tema degli equilibri statici¹², vorrei sottolineare la possibile contrapposizione tra una concezione della concorrenza

¹⁰ Ho criticato questo orientamento nelle sue prospettive generali, in F. Denozza, *Law and the Social Limits to Pricing*, in *History of economic ideas*, XXXI, 3, 2023, 179. La pandemia connessa al Covid 19 ha tragicamente illuminato il punto, quando ci ha fatto scoprire la miopia del calcolo puramente economico che aveva indotto a trasferire l'intera produzione di certi presidi medici in paesi a basso costo del lavoro e a perdere così ogni controllo sulla loro fornitura.

¹¹ E' evidente, ad es., che chi concepisce come concorrenziali solo i mercati in cui sono presenti molte imprese, relativamente piccole e tutte *price taker*, giudicherà anticoncorrenziali una qualità e una quantità di pratiche ben diverse da quelle che saranno giudicate tali da chi considera come concorrenziali tutti i mercati in cui sussista una qualche forma di rivalità.

Persino la differenza rispetto alla tesi del *consumer welfare* può scomparire, se, per esempio, si decide di valutare la concorrenzialità di un mercato in rapporto alla massimizzazione dell'offerta e alla minimizzazione dei prezzi.

¹² Una completa rinuncia del diritto *antitrust* al perseguimento di obiettivi di tipo statico mi sembra problematica per varie ragioni, ma una considerazione dei profili statici introdurrebbe nel discorso complicazioni ingestibili in questa sede.

come dinamismo competitivo ed una che ne enfatizza la natura di meccanismo evolutivo¹³. Nelle concezioni del processo concorrenziale focalizzate solo sulla pressione competitiva che le varie imprese concorrenti possono reciprocamente esercitare l'una sull'altra, la presenza di una pluralità di imprese in concorrenza tra loro sembra non essere più considerato un obiettivo centrale. Essendo rilevante solo il livello di pressione competitiva, l'apertura del mercato, e la possibilità di un veloce ingresso di altre imprese a fronte di aumenti dei prezzi da parte dell'impresa *incumbent*, possono apparire più che sufficienti ad assicurare la presenza di condizioni di concorrenza.

L'adozione di una prospettiva evolutiva, che considera prioritario il mantenimento dei meccanismi che producono varietà, suggerisce invece che la presenza sul mercato di una sufficiente pluralità di imprese può essere essenziale, almeno quando sia necessaria per preservare il processo che produce la varietà su cui la selezione è poi chiamata ad agire. Da questo punto di vista (produzione di varietà) la concorrenza potenziale non si presenta come un valido equivalente della concorrenza effettiva tra una adeguata pluralità di imprese. Se si adotta una prospettiva evolutiva, la difesa del pluralismo sul mercato deve (tornare ad) avere il rilevante peso che gli spetta nella gerarchia degli obiettivi *antitrust*.

Fatti questi brevi chiarimenti, cercherò ora di illustrare le implicazioni di questa contrapposizione tra diverse visioni con riferimento ad alcune delle questioni specifiche affrontate nella decisione Google.

3 - I pretesi effetti escludenti degli accordi stipulati da Google e i relativi oneri probatori.

¹³ Il riferimento all'evoluzione evoca, inevitabilmente, un importante dibattito teorico di cui qui non posso dar conto. V., per una prima informazione, K Boulding, *What is evolutionary economics?* in *Journal of Evolutionary Economics*, 1991, 9; G. Hodgson, *Darwinism in Economics: From Analogy to Ontology*, in *Journal of Evolutionary Economics*, 2002, 259; Id., *Evolutionary Economics: Its nature and future*, Cambridge University Press, 2019; K. Dopfer, *The evolutionary Foundations of Economics*. Cambridge University Press, 2005; R. Nelson, *Evolutionary social science and universal Darwinism*, in *Journal of Evolutionary Economics*, 2006, 491; J. Potts e K. Dopfer, *New Evolutionary Economics*, reperibile in SSRN 4837360, 2024.

Una delle questioni più controverse affrontate nella decisione *Google* riguarda la definizione degli oneri probatori che gravano sull'attore¹⁴. Con riferimento al caso di specie, la questione principale riguarda la prova del nesso di causalità tra il comportamento incriminato (gli accordi che impongono l'installazione del motore di Google come motore di *default* nei browser di Apple e di Mozilla) e i lamentati effetti anticoncorrenziali (l'esclusione dei concorrenti).

La decisione *Google* richiama al riguardo (p. 216) l'indicazione contenuta in *Microsoft*¹⁵ secondo cui "...causation does not require but-for proof. The plaintiff is not required to show that but for the defendant's exclusionary conduct the anticompetitive effects would not have followed. Such a standard would create substantial proof problems, as "neither plaintiffs nor the court can confidently reconstruct . . . a world absent the defendant's exclusionary conduct." La Corte ritiene perciò che la corretta domanda che essa deve porsi è "... Do Google's exclusive distribution contracts reasonably appear capable of significantly contributing to maintaining Google's monopoly power ... ? "

Al di là della corretta soluzione dello specifico quesito (è richiesta la prova della ricorrenza di un rapporto del tipo *conditio sine qua non*, oppure basta la prova di una ragionevole potenzialità?) è interessante anzitutto rilevare il fatto in sé dell'importanza che anche in questo caso, come in moltissimi altri casi *antitrust*, finisce per rivestire la scelta delle regole probatorie.

Il dato incontrovertibile è che ben raramente è possibile procedere ad una misurazione diretta e sicura di tutti gli effetti che certe pratiche potranno produrre. La pretesa della teoria (dominante) del *consumer welfare* di accreditarsi come l in grado di ancorare gli esiti dei giudizi *antitrust* ad un dato, presentato come "apolitico" e come incontrovertibilmente accertabile, quale sarebbe l'esistenza di un pregiudizio per i consumatori, è perciò clamorosamente smentita da una realtà in cui l'esistenza del pregiudizio ai consumatori non è in genere accertata in via diretta, ma è affermata, o negata, in base a regole che

¹⁴ E vedi, infatti, le immediate aspre critiche mosse a questa parte della motivazione dai sostenitori delle tesi di Chicago. Ad es. G. Manne, *A Critical Analysis of the Google Search Antitrust Decision*, ICLE White Paper 2024-08-14.

¹⁵ *United States v. Microsoft*, 253 F.3d 34, 50 (D.C. Cir. 2001).

articolano un sottile gioco di illazioni, presunzioni e distribuzione di oneri probatori¹⁶. E' evidente, allora, che qui, come altrove, la scelta tra l'una o l'altra regola probatoria è una scelta tipicamente politica. Si tratta infatti di decidere se si vuole rendere il compito dell'attore particolarmente difficile, e diminuire così la quantità di pratiche monopolistiche che verranno sanzionate,¹⁷ oppure si vuole perseguire l'obiettivo opposto. Ripetere ossessivamente che ciò che conta sono gli effetti, e in particolare quelli sul benessere dei consumatori, certamente non risolve questo dilemma.

In realtà, la questione degli effetti rilevanti, e della prova della loro ricorrenza, non coinvolge solo e tanto le regole processuali, ma riguarda importanti scelte sostanziali, che coinvolgono differenti visioni in ordine alla stessa concezione della natura e della funzione del diritto *antitrust*.

E' facile collegare, ad esempio, la questione probatoria con le più generali questioni che alcuni anni orsono furono oggetto di un diffuso dibattito in occasione dell'adozione da parte degli organi europei del c.d. *more economic approach*. Questo dibattito fu impostato (in maniera giuridicamente molto grossolana) come una contrapposizione tra il nuovo orientamento, presentato come attento agli effetti economici delle singole pratiche (da cui la qualifica di *more economic*), e una posizione (l'orientamento dominante prima della svolta) presentata (e squalificata) come formalista (in realtà senza alcun reale tentativo di approfondire i problemi di teoria generale del diritto che il dibattito forma/effetti chiama in causa¹⁸).

¹⁶ Sulla rilevanza delle regole in materia di presunzioni ed oneri della prova, v. ad es. C. Shapiro, *Antitrust: What went wrong and how to fix it*, in *Antitrust*, 2021, 33.

¹⁷ [T]o demand that bare inference be supported by evidence as to what would have happened but for the adoption of the practice that was in fact adopted or to require firm prediction of an increase of competition as a probable result of ordering the abandonment of the practice, would be a standard of proof if not virtually impossible to meet, at least most ill-suited for ascertainment by courts. *Standard Oil Co. of Cal. v. United States*, 337 U.S. 293, 309-10 (1949) 218.

¹⁸ Non è chiaro, ad esempio, se i sostenitori del *more economic approach* abbiano piena contezza del fatto che tutte le norme sono necessariamente *over* e *under inclusive* (v. per tutti F. Schauer, *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*, Harvard University Press, 2009, 26 ss.) e che la possibilità che certi casi siano regolati in un modo diverso da quello che la valutazione dei loro effetti potrebbe suggerire, è insita nella scelta di adottare regole generali, invece di ricorrere a giudizi discrezionali caso per caso. Per altre osservazioni critiche generali, v. , F. Denozza e A.Toffoletto, *Contro l'utilizzazione dell' "approccio economico" nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, 2006, 563 e, più recentemente, M. Cole, *There is No "More Economic Approach"*, disponibile a SSRN 4199620 (2022).

Se si analizzano i fondamenti teorici dell'orientamento che in seguito a questa svolta è diventato, ed è anche attualmente, dominante, si potrebbe anzitutto pensare che l'insistenza sul ruolo decisivo dell'accertamento degli effetti economici, rifletta una concezione del diritto *antitrust* come ispirato da una filosofia non deontologica, ma consequenzialista.

Certi comportamenti sarebbero vietati non perché contrari a principi, ma in quanto produttivi di conseguenze che si vogliono evitare. In questa visione, la scelta di proteggere la concorrenzialità dei mercati sarebbe il frutto di puri calcoli utilitari e non evocherebbe nessun principio meritevole di essere rispettato anche a scapito della convenienza immediata.

Che le cose stiano effettivamente così è lecito dubitare. Una rilevante tradizione di pensiero liberale (con cui gli autori qui criticati dovrebbero fare esplicitamente i conti, cosa che accuratamente evitano) considera il mercato concorrenziale non solo come uno strumento per regolare la produzione di cose, ma come il luogo di realizzazione di importanti principi di giusta e soddisfacente convivenza¹⁹. Del resto il riferimento, presente soprattutto nei documenti europei, ad obiettivi come *fairness* e *level playing field*²⁰, per non parlare di pluralismo e democrazia²¹, si pone in chiara contraddizione con una impostazione puramente consequenzialista.

Anche ammesso, però, che la disciplina *antitrust* sia una disciplina indifferente alla violazione di principi, attenta solo alle conseguenze, un'altra questione si pone. Il consequenzialismo non implica affatto che gli effetti debbano essere accertati con riferimento alle circostanze concrete in cui viene compiuto ogni singolo atto. Al contrario, il consequenzialismo non esclude e, anzi, a volte, impone, che la valutazione delle conseguenze non avvenga con riferimento ai singoli atti, ma con riferimento alle regole che

¹⁹ Per un articolato esame di queste posizioni v. A. Buchanan, *Ethics, Efficiency and the Market*, Totowa, N.J., Rowman & Allanheld, 1985; J. O'Neill, *The market: Ethics, knowledge and politics*, Routledge, London, 1998.

²⁰ Citi. in L. Mccallun e altri, *European Commission Competition Policy Brief, 1/2023, A Dynamic and Workable Effects-based Approach to Abuse of Dominance*.

²¹ Persino R. Posner, *Law and economics is moral*, in *Valp. Univ. Law Rev.*, 1990, 166, afferma l'esistenza di uno stretto collegamento tra la libertà economica (e la sua difesa) e la libertà politica (... I do not see any sharp distinction between economic liberty on the one hand and personal or political liberties on the other hand").

decidono quali atti sono ammessi e quali non lo sono ²².

Una delle ragioni che possono indurre a spostare la valutazione degli effetti dagli atti alle regole è l'incertezza e la conseguente difficoltà di accertare, volta per volta, i precisi effetti di un singolo atto. Un consequenzialista può, ad esempio, ritenere che non tutte le menzogne debbano essere vietate in quanto contrarie a qualche principio, ma che debbano esserlo solo le menzogne che producono conseguenze, da un qualche punto di vista, negative. Può però poi scoprire che gli effetti di singole menzogne sono difficili da accertare e da qualificare (come positivi/indifferenti o come negativi) e può allora ritenere opportuno, senza con ciò abiurare al consequenzialismo, il ricorso a regole che individuano i contesti in cui le probabilità di effetti negativi sono maggiori e può quindi decidere di vietare, in questi contesti, tutte le menzogne, ivi comprese quelle che potrebbero non avere effetti negativi ²³. Questa riflessione, porta in primo piano la difficoltà di accertare i precisi effetti di ogni atto e di ogni regola, oltre a spiegare le ragioni del ricorso a regole, spiega anche le ragioni dello stretto legame che esiste, in ambito *antitrust*, tra l'esaltazione dell'importanza degli effetti e l'assunzione di prospettive di breve periodo. Il legame è creato dal semplice fatto che per attribuire un ruolo decisivo al preciso accertamento caso per caso degli effetti, occorre accorciare drasticamente il periodo futuro che si ritiene rilevante, evidente essendo che quanto più si allunga il periodo futuro che si ritiene rilevante, tanto più difficile diventa l'accertamento preciso di tutte le conseguenze di un certa pratica potenzialmente anticoncorrenziale, e tanto più insostenibile diventa la pretesa di fare dipendere l'accertamento della illiceità di una pratica *antitrust* dall'accertamento preciso degli effetti che produce in ogni singolo contesto, invece che dall'accertamento della presenza di caratteristiche della pratica stessa idonea a renderla, anche solo *probabilisticamente* pericolosa.

A mio avviso un corretto giudizio antitrust non è quello che stabilisce con certezza l'esistenza o l'inesistenza di un certo immediato effetto, mentre ignora completamente tutti gli effetti che possono prodursi in un più lungo periodo, ma è il giudizio che si basa su un

²² V., tra i più recenti, J. Suikkanen, *Act and Rule Consequentialism: A Synthesis*, in *Moral Philosophy and Politics*, 2024,1.

²³ Nell'ambito del diritto della concorrenza, esigenze di questo tipo trovano espressione nella costruzione dei divieti c.d. "per se" e, oggi, anche nella creazione di fattispecie (v. ad es. il *Digital Market Act*) che possono essere vietate senza dover passare dalle strettoie che, grazie alla dottrina del *consumer welfare*, il diritto *antitrust* si è artificiosamente autoimposto.

adeguato bilanciamento delle probabilità che tutti gli effetti potenzialmente rilevanti hanno di prodursi, o non prodursi, in un periodo ragionevolmente lungo.

4 - *La ragionevole idoneità degli accordi in questione a produrre effetti restrittivi della concorrenza e il c.d. as efficient competitor test.*

Con riferimento all'accertamento della natura potenzialmente escludente degli accordi stipulati da Google con i principali fornitori di browser (ricordiamo, Apple per Safari e Mozilla per Firefox), il primo punto rilevante riguarda la struttura degli accordi stessi. Trattandosi di accordi che prevedono che Google versi compensi in denaro in cambio di una prestazione (l'istallazione di quello di Google come il motore di ricerca di *default*) , si potrebbe osservare che ai potenziali concorrenti basta offrire qualcosa in più o, forse, anche semplicemente altrettanto, per ottenere lo stesso privilegio di cui attualmente gode Google. Quindi, nessuna esclusiva, ma una normalissima asta, in cui chi offre di più vince. Il tutto, perciò, assolutamente concorrenziale.

Si potrebbe osservare, anche, che il fatto che i potenziali concorrenti di Google si trovino nella situazione di non poter fare offerte comparabili con quella di quest'ultima, vuole semplicemente dire che essi non sono capaci di far fruttare la prestazione per cui competono (pre-installazione dei rispettivi motori) con la stessa efficienza, e, quindi, con gli stessi profitti che è invece capace di ricavare Google.

La conclusione sembra allora seguire immediata: il principio del concorrente altrettanto efficiente²⁴, e cioè il principio per cui il concorrente che non è efficiente come l'*incumbent*

²⁴ Sul principio c.d. dell' "as efficient competitor" v. R. Posner, *Antitrust Law*², Chicago, University of Chicago Press, 2001, 193 ss.

Per un ottimo riassunto del dibattito europeo sulla validità di questo principio in Europa, H. Schweitzer e S. de Ridder, *How to fix a failing Art. 102 TFEU: Substantive interpretation, evidentiary requirements, and the Commission's future guidelines on exclusionary abuses*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2024, lpae033.

Nella giurisprudenza europea v., in particolare, Corte di giustizia, 19 gennaio 2023, *Unilever Italia Mkt. Operations*, C-680/20, punto 37; Corte di giustizia, 12 maggio 2022, *Servizio Elettrico Nazionale e a.*, C-377/20, punti 45 e 73; Corte di giustizia, 6 settembre 2017, *Intel/Commissione*, C-413/14, punto 134; Corte di giustizia, 27 marzo 2012, *Post Denmark*, C-209/10, punti 21 e 22.

Il ridimensionamento dell'importanza di questo test è uno dei punti caratterizzanti la modifica agli *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti* (comunicazione 2023/C 116/01 del 31 marzo 2023).

non ha diritto di essere protetto contro le pratiche escludenti messe in opera da quest'ultimo, esclude la possibilità di considerare illecita la pratica in questione.

Nella specie il c.d. *as efficient competitor test* (il test derivato dal principio di cui si è appena detto) rivela, grazie al riferimento alla possibile asta, che ad un concorrente altrettanto efficiente non sarebbe impedito di competere e autorizza perciò a ritenere che coloro che non riescono a partecipare all'asta sono per definizione meno efficienti di Google e non meritano perciò di essere protetti²⁵. Si tratta in fondo dello stesso ragionamento con cui si può argomentare che un concorrente non ha diritto ad essere protetto contro una vasta serie di pratiche in quanto se fosse altrettanto efficiente dell'*incumbent* sarebbe in grado di reagire e di non farsi escludere.

Anche qui possiamo utilizzare la contrapposizione tra breve e lungo periodo per constatare che la visione su cui si basa tutto il ragionamento che abbiamo appena riassunto non solo è decisamente ripiegata sul breve periodo, ma è anche particolarmente miope²⁶. In via generale si può osservare che questa impostazione finisce per legittimare un risultato (in

²⁵ In realtà, come osserva L. White, *U.S. v. Google: A Tough Slog; But Maybe an Intriguing Possibility?* (January 29, 2021). SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3775954>, " It is a well-understood concept in antitrust economics that an incumbent monopolist will be willing to pay more for the exclusive use of an essential input than a challenger would pay for access to the input. The basic idea is straightforward. By maintaining exclusive use of the input, the incumbent monopolist preserves its (large) monopoly profits. If the challenger enters, the incumbent will then earn only its share of the (much lower, more competitive) duopoly profits"

²⁶ M. Grillo, *Neoliberalismo e antitrust*, in *Esiste uno stile giuridico neoliberale?*, Atti dei seminari per Francesco Denozza a cura di R. Sacchi e A. Toffoletto, Milano, Giuffrè, 2019, 191, 227 s., giustamente rileva che in una prospettiva dinamica l'efficienza non può mai essere di per sé la giustificazione di un'esclusione, perché altrimenti si impedisce alle imprese, in un dato momento meno efficienti, di svilupparsi e di fare in futuro concorrenza all' *incumbent* (la questione ha importanti implicazioni generali su cui v. ora M. Grillo, *Market competition, efficiency and economic liberty*, in *International R. of Econ.*, 2023, 1).

La tesi di Grillo è criticata da M. Libertini, *Sulla nozione di libertà economica (On the notion of economic liberty)*, in *Moneta e Credito*, 2019, 301, 310, il quale evoca il pericolo di una deriva protezionistica, di cui potrebbero beneficiare anche quelle imprese che non solo sono oggi meno efficienti, ma che sono destinate a restare per sempre tali. L'obiezione sottovaluta però il fatto che la maggiore efficienza dell'impresa *incumbent* viene invocata nell' "*as efficient competitor*" test non in relazione a normali comportamenti di mercato (ad es., abbassare in maniera uniforme i prezzi a tutti i clienti restando comunque sopra i propri costi), i cui effetti, sul piano della selezione delle imprese più efficienti, tutti apprezzano, ma per giustificare potenziali abusi (ad es., fare sconti selettivi, o mirati, o comunque congegnati in modo da colpire specifici concorrenti).

particolare, l'eliminazione di una impresa meno efficiente e la conseguente ulteriore espansione dell'impresa che è già in posizione dominante) che magari può sì apparire come migliore rispetto alle alternative al momento possibili (consentire la sopravvivenza di una impresa meno efficiente), ma che può anche facilmente rivelarsi peggiore dei risultati che una diversa scelta avrebbe potuto alla lunga produrre²⁷.

Se in base al criterio dell'efficienza consentiamo, per esempio, ad un'impresa, magari una piattaforma, di integrarsi verticalmente e lateralmente e poi, in nome dell'efficienza che ha così acquisito, le consentiamo di governare il sistema integrato anche in modi che danneggiano i concorrenti, quando avrà raccolto una massa di dati irraggiungibile da chiunque altro, e sarà anche diventata l'unica impresa in grado di vendere contemporaneamente i servizi di piattaforma, e quelli connessi, e quelli collaterali, ecc., potremmo scoprire che qualsiasi prezzo, per quanto elevatissimo, essa vada a praticare è "efficiente", per la semplice ragione che solo lei può offrire un certo livello di servizi ad un certo prezzo e che non esiste nessun'altra impresa altrettanto "efficiente"²⁸. Insomma, consentendo all'impresa di abusare, le diamo il potere di creare un contesto in cui lei può aumentare il suo potere e anche, in un certo senso, la sua efficienza, a scapito dei concorrenti. Il divario di efficienza così ampliato potrà allora legittimare nuovo potere e nuovi abusi, che consentiranno di creare un nuovo contesto e nuovi divari di efficienza, e così via.

²⁷ Già Schumpeter aveva rilevato che la sovrapposizione di situazioni staticamente efficienti non dà risultati necessariamente positivi. Il fatto che situazioni successive siano ciascuna staticamente superiore alla precedente non vuole dire che si è "ottimizzato" perché ciò che conta non è quello che succede momento per momento, ma l'andamento complessivo del processo. La citazione esatta (J. Schumpeter, *Capitalism, socialism and democracy*, Harper and Brothers, 1942, 83) è la seguente: «A system – any system, economic or other – that at every given point of time fully utilizes its possibilities to the best advantage may yet in the long run be inferior to a system that does so at no given point of time, because the latter's failure to do so maybe a condition for the level or speed of long-run performance».

²⁸ Un altro limite delle impostazioni stile Chicago è quello di osservare le pretese variazioni del benessere dei consumatori con riferimento allo specifico mercato che viene di volta in volta in rilievo. Se si adotta un punto di osservazione maggiormente generale e comprensivo, i calcoli di benessere diventano molto più complicati e non possono essere risolti semplicemente osservando il comportamento dei consumatori del mercato rilevante. Per esempio nel caso di Google è importante considerare che la sua posizione può consentirle di tenere comportamenti (self-preferencing, scelta di criteri di presentazione dei risultati, ecc.) che possono incidere sull'andamento di altri mercati e quindi sul benessere complessivo, senza che vi sia alcun altro motore di ricerca in grado di proporre alternative.

La diffidenza che oramai molti autori, e la stessa Commissione, hanno maturato nei confronti del principio del concorrente altrettanto efficiente²⁹, con il conseguente riconoscimento dell'importanza della protezione accordata anche alle imprese che non sono ancora, e che però potrebbero diventare, altrettanto efficienti, appare più che giustificata e sostanzialmente coerente ad una corretta visione evolutiva.

Il caso *Google* illustra bene questo punto. La Corte ricorda che Google “... *claims that it “has repeatedly outcompeted its rivals . . . on the basis of its superior quality and monetization,”* e che “*any scale benefits achieved from winning customers’ business based on competition on the merits [do not] turn[] an otherwise lawful agreement into an unlawful one.*”³⁰

La Corte si dichiara convinta da queste osservazioni e in effetti riconosce che Google ha acquisito la sua posizione grazie alla sua maggiore efficienza e, soprattutto, grazie alla sua maggiore lungimiranza. Poi giustamente sottolinea però che Google “...*may have gained its initial dominance in the [general search services] market competitively – though superior foresight or quality. But this case is not about [Google’s] initial acquisition of monopoly power. It is about [Google’s] efforts to maintain this position through means other than competition on the merits.*”³¹

L'osservazione è importante e va condivisa. Se a chi ha acquisito una posizione monopolistica legittimamente (e magari addirittura meritoriamente), si dovesse riconoscere il potere di mettere in atto qualsiasi pratica che la sua posizione di dominio gli consente di realizzare a danno dei suoi concorrenti più deboli e meno efficienti, si metterebbe in moto proprio quel tipo di meccanismo perverso che ho pocanzi descritto. Nel caso di Google, osserva ancora la Corte “*The sheer magnitude of Google’s query volume, or scale, compared to rivals is startling: Users enter nine times more queries on Google than on all rivals combined. ... Armed with its scale advantage, Google continues to use that data to improve search quality*”. Alla fine, “*The more precisely targeted an ad, the greater likelihood that it will be clicked, which translates into higher revenues that Google uses to make larger revenue share payments*”³²

In sostanza: Google, senza dover fare nulla di particolare, diventa sempre più “efficiente”, nel senso che migliora la qualità del servizio di ricerca che è in grado di offrire, aumenta il

²⁹ Vedi ancora H. Schweitzer e S. de Ridder, op. cit.

³⁰ 198

³¹ 202, trattasi di una citazione letterale da *Microsoft*, 253 F.3d at 56, e ciò spiega il ricorso alle parentesi quadre

³² 230

numero dei suoi utenti e con esso la possibilità di dare ingenti somme di danaro a coloro che le consentono di mantenere questa invidiabile posizione. In questa situazione è ovvio che attendere l'arrivo improvviso di un concorrente altrettanto efficiente in grado, da subito, di pagare quanto o più di Google, è come attendere l'arrivo dell'araba fenice.

5 - Quali effetti sono, in definitiva, rilevanti ?

Un altro pilastro della difesa di Google invoca un argomento contro fattuale. Google sostiene infatti che la grande maggioranza dei consumatori rilevanti utilizzerebbero comunque il suo motore di ricerca anche se Google non fosse il motore di ricerca installato di *default* sui *browser* in questione. Ne deriverebbe che gli accordi con i fornitori di *browser*, quale che sia la loro natura (pro - o anti concorrenziale), non potrebbero essere in nessun caso considerati come dotati di un'efficacia escludente perché i comportamenti della platea degli utilizzatori di Google che vengono a detti accordi ricollegati, non sono in realtà provocati dagli accordi e si produrrebbero anche in loro assenza.

Questa è un'affermazione di fatto la cui rispondenza alla realtà è sicuramente piuttosto difficile da accertare. Ritorna quindi anzitutto il tema dell'onere della prova del nesso di causalità, (su cui già ci siamo soffermati), che qui potrebbe risultare assolutamente decisivo (una regola che dovesse far gravare sull'attore l'onere di provare con certezza che in assenza degli accordi gli utenti smetterebbero di utilizzare Google, condurrebbe quasi certamente all'assoluzione di quest'ultima, mentre una diversa regola che, a fronte della semplice verosimiglianza dell'efficacia causale degli accordi di esclusiva, scaricasse su Google l'onere di provare che nella specie detti accordi non producono i loro apparenti effetti, condurrebbe con ogni probabilità alla sua condanna).

Il punto su cui vorrei soffermarmi è però un altro (che mi sembra a livello teorico generale ben più importante di quello relativo alla distribuzione dell'onere della prova in ordine al nesso causale) e pone il seguente quesito: ammesso che Google avesse ragione, e che fosse in qualche modo provata l'esistenza di una tendenza dei consumatori ad usare comunque, (accordi o non accordi) il motore di ricerca di Google, ciò sarebbe sufficiente a fondare un giudizio di irrilevanza concorrenziale e quindi, in definitiva, di liceità della pratica messa in opera da Google stessa ?

La mia opinione è che non sarebbe sufficiente, e che la pratica resterebbe censurabile anche se fosse vero il fatto invocato da Google. Il punto di partenza di fatto del ragionamento che conduce a questa conclusione è l' affermazione, contenuta nella testimonianza di un'importante fonte legata a Google (il suo Senior Vice President of Ads and Commerce), secondo cui i pagamenti ad Apple e Mozilla “provide an incredibly strong incentive for the ecosystem to not do anything”; they “effectively make the ecosystem exceptionally resist[ant] to change”; and their “net effect . . . [is to] basically freeze the ecosystem in place[.]”³³

Il riferimento alla capacità degli accordi in questione di congelare il mercato ci indica quale sia nella specie il punto decisivo. Il fatto è che gli accordi hanno sicuramente un autonomo, evidente, effetto che è quello di rendere la situazione favorevole a Google eccezionalmente resistente al cambiamento.

Anche ammesso, perciò, che la situazione favorevole a Google (la maggior parte degli utilizzatori di Safari e Firefox usano il motore di ricerca di Google) non sia direttamente prodotta dagli accordi incriminati, questi ultimi hanno sicuramente l' effetto di consolidare e proteggere questa posizione di Google.

La questione non è allora se possa, o non possa, essere condannata una pratica di cui non è pienamente provata l'efficacia causale nella determinazione di una restrizione della concorrenza, ma se sia, o non sia, rilevante l'effetto di consolidamento, e cioè il fatto che la pratica in questione, pur non avendo direttamente creato la situazione restrittiva, ne blindi la continuità.

Anche qui, come è facile vedere, il dissenso riguarda la valutazione dell'importanza del futuro, e di quello meno prossimo in particolare.

Tornando al discorso generale, ribadisco che a mio avviso la teoria del *consumer welfare* propone il perseguimento di un obiettivo tipicamente contingente, quale è quello di assicurare sul mercato dato un equilibrio in cui il prezzo del prodotto in questione non viene accresciuto dalla prassi dell'impresa dominante. In questa visione gli aspetti strutturali, e così ad esempio, il fatto che la prassi in questione comporti un irrigidimento del mercato e una diminuzione delle sue capacità evolutive, sono considerati sostanzialmente irrilevanti. Questa prospettiva che ho criticato in varie occasioni, che nell'ordinamento europeo non è

³³ L'affermazione risulta avere colpito anche il Giudice Mheta che in effetti ne ripete la citazione nel corso della motivazione per due volte a p. 227 e a p. 201.

mai stata egemone e che è sostanzialmente respinta anche dalla decisione *Google*³⁴ non può essere accolta.

6- *Conclusioni: la difesa della concorrenza e l'interesse dei consumatori.*

Ho cercato di sostenere che il principale interesse protetto dal diritto antitrust dovrebbe essere considerato quello al mantenimento di efficienti meccanismi evolutivi, in grado di creare varietà e di assicurare selezione. Vorrei, in conclusione, aggiungere una breve riflessione sul ruolo che in questa prospettiva deve spettare all'interesse dei consumatori. Io credo che in una visione di lungo periodo l'interesse effettivamente comune vada identificato non in quello alla minimizzazione dei prezzi, ma in quello al mantenimento di condizioni che consentano a tutti i consumatori di concorrere ad influenzare le decisioni delle imprese.

La concorrenzialità dei mercati non è solo una questione di offerta e di prezzi. Un mercato concorrenziale è quello in cui i consumatori hanno ampie possibilità di selezionare le imprese che offrono i prodotti da loro preferiti e, possibilmente, anche la possibilità di indurre le imprese a modificare la loro offerta nel senso che può garantire una migliore soddisfazione dei loro bisogni. L'esistenza di meccanismi che garantiscano questo risultato è un valore in sé, coerente con l'ovvia considerazione per cui l'evoluzione del sistema, e, con esso, delle preferenze dei consumatori, è dominata dall'incertezza. Una sensata politica al riguardo non è quella di fissare un obiettivo (ad es., un certo andamento dei prezzi e dell'offerta) verificandone la realizzazione nel breve periodo, ma è quello di assicurare il permanente operare dei meccanismi che possono garantire al sistema l'elasticità necessaria ad adeguarsi alle incerte trasformazioni cui andrà, nel medio-lungo periodo, inevitabilmente soggetto.

Il mercato concorrenziale non è quello che nella situazione data assicura i prezzi più bassi possibili, ma quello in cui sono preservati i meccanismi che garantiscono ai consumatori la possibilità di selezionare tra le molte situazioni possibili quella che meglio risponde alle loro

³⁴ Con una locuzione reminiscente delle posizioni dei giudici europei, nella decisione *Google* (p. 215) si afferma che "...the monopolist must harm the competitive *process* and thereby harm consumers [corsivo nell'originale]".

esigenze.