

***Sherman Act* e costituzione economica: la contesa applicativa davanti alla Corte Suprema e la questione del “Big Business”**

di Federico Nania

Abstract: Sherman Act and economic constitution: the interpretative contention before the Supreme Court and the issue of “Big Business” – The Report about competition in digital markets offers the opportunity to analyze the interpretive contention before the Supreme Court regarding the Sherman Act. The essay is thus focused on the path which led from the application of the *rule of per se* parameter to the *rule of reason*: the former is a more rigorous one, mainly concerned with the protection of *small dealers*, whereas the latter is more “flexible” and inspired by the theories of *economic efficiency*. Nowadays, phenomena of monopolization in digital markets arise the question if rule of reason, considering the economic and constitutional order, is still a suitable standard.

Keywords: Sherman Act; digital markets; competition; economic constitution; big business.

2835

1. Il Report della Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law e la questione del potere nei mercati digitali

Notevole risalto ha avuto, anche per la concomitanza con l’ultima fase della presidenza Trump, la notizia relativa alla proposizione, da parte del Department of Justice degli Stati Uniti e degli Attorneys General repubblicani di undici Stati, di una *civil lawsuit* nei confronti dell’azienda Google dinanzi alla District Court della Columbia per la asserita violazione di alcune disposizioni della normativa antimonopolistica nazionale.¹

È da rilevare che l’azione legale suddetta è stata preceduta dalla pubblicazione di un Report² redatto dalla Subcommittee on Regulatory Reform, Commercial and Antitrust Law (facente parte della House Committee on the Judiciary del Congresso), in larga parte focalizzato sugli aspetti specifici della concorrenza nei mercati digitali, che spinge a tornare sulle origini e sugli sviluppi della normativa antitrust statunitense.

¹ Ci si riferisce all’azione legale incardinata il 20 ottobre 2020 ed accessibile presso il sito internet del Department of Justice degli Stati Uniti (*Justice Department sues Monopolist Google for violating Antitrust Laws*, Tuesday, October 20, 2020).

² Cfr. Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, *Investigation of Competition in Digital Markets*, 2020.

Difatti, in particolare nel paragrafo del documento stilato dalla Subcommittee rubricato “Strengthening the Antitrust Laws”³, vengono avanzate forti critiche nei confronti dell’adozione in sede applicativa di detta normativa del canone della *rule of reason*, schierandosi conclusivamente a favore del recupero di un più rigido e puntuale *enforcement* delle regole antitrust alla stregua del criterio della *rule of per se illegality*. In questo senso, appare significativo il passaggio nel quale la Subcommittee non esita a stigmatizzare gli orientamenti ermeneutici messi in opera dalle Corti per aver “significantly weakened” l’efficacia delle norme antimonopolistiche e per aver reso “increasingly difficult for federal antitrust enforcers and private plaintiffs to successfully challenge anticompetitive conduct and mergers”.⁴

Inoltre, alla stessa Corte Suprema viene rimproverato di aver progressivamente impoverito, a causa dell’utilizzo della *rule of reason*, la tutela apprestata dalle norme antimonopolistiche in relazione al *competitive harm* (inteso come danno da lesione della concorrenza), privilegiando l’aspetto del “consumare welfare” e della “economic efficiency”⁵: la Corte avrebbe così tradito, sempre stando alle formulazioni del Report in esame, la “legislative history” ed il “legislative intent”⁶ che animava l’adozione nel 1890 dello Sherman Act quale prima legislazione antitrust di origine federale.⁷

³ *Investigation of Competition in Digital Markets*, 391 e ss.

⁴ *Ibidem*, 391.

⁵ E’ da rammentare sin d’ora che i termini “consumare welfare” ed “economic efficiency” hanno fatto il loro ingresso nella materia antitrust americana attraverso gli scritti di Robert Bork, tra i fondatori e principali esponenti della scuola di Chicago. In particolare, nella sua opera più nota, *The Antitrust Paradox*, l’Autore si riferisce al *consumare welfare* quale obiettivo primario dello Sherman Act da perseguire attraverso un approccio alla materia antitrust orientato per l’appunto alla efficienza economica nel quale anche la concorrenza è da bilanciare con gli altri fattori esistenti nel mercato: “the whole task of antitrust can be summed up as the effort to improve allocative efficiency without impairing productive efficiency so greatly as to produce either no gain or a net loss in consumare welfare” (R. Bork, *The Antitrust Paradox*, New York, 1978, 91). La nozione di *economic efficiency*, caposaldo della riflessione *chicagoan*, risulta altresì, come si vedrà in seguito, un approccio chiave della riflessione sulla materia antitrust di Richard Posner per il quale “everyone professionally involved in antitrust . . . Agrees that the only goal of antitrust should be to promote economic welfare” ed “economic welfare should be understood in terms of the economist’s concept of efficiency” (cfr. R. Posner, *Antitrust Law*, 2d ed., Chicago, 2001, IX). Più di recente, sul concetto di *consumare welfare* nella disciplina antitrust cfr. H.J. Hovenkamp, *On the Meaning of Antitrust’s Consumare Welfare Principle*, in *Penn Law Faculty Scholarship*, 2152, 2020.

⁶ *Investigation of Competition in Digital Markets*, 391.

⁷ Si intravede qui sullo sfondo la ricorrente tematica, di ordine più generale, della legittimazione della Corte Suprema e dei limiti all’attività interpretativa su cui cfr. almeno A. Bickel, *The Last Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, London, 1986; R.A. Posner, *Reflection on Judging*, Cambridge, 2013; J. Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, in *The Yale Law Journal*, 2006, Vol. 115, 1349. Nella dottrina italiana sul punto cfr. C. Pinelli, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, Torino, 2008.

2. Lo Sherman Act e le sue originarie finalità: la tutela dello small business e la difesa della democrazia americana

Le considerazioni sopra riportate fanno riferimento ai tormentati mutamenti che hanno caratterizzato l'attività di applicazione dello Sherman Act da parte della giurisprudenza della Corte Suprema che si è snodata nel corso di più secoli e che ha visto lungamente confrontarsi il canone della *rule of per se illegality* e della *rule of reason*: il primo ispirato ad un atteggiamento di massima fedeltà applicativa alle prescrizioni testuali della legge in tema di contrasto alle restrizioni della concorrenza ed alle posizioni monopolistiche; il secondo orientato a leggere i divieti in questione in modo più flessibile allo scopo di adattarli alle esigenze di sviluppo del sistema produttivo statunitense.

In effetti, la prescrizione della section 1 dell'Act suona quanto mai perentoria ed onnicomprensiva nello stabilire che “every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce...is declared to be illegal”; del pari serrata si presenta la section 2 laddove l'illegalità viene ravvisata in un qualunque comportamento inteso a “monopolize, or attempt to 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”.

Per di più, in tale ottica contrastare il *big business* non significava soltanto scongiurare i “rischi connessi alle pressioni lobbistiche esercitate sul governo”, nonché le inevitabili conseguenze delle tendenze monopolistiche, “dalla distruzione della concorrenza allo sfruttamento del lavoro, dalle pratiche predatorie alla vessazione dei consumatori”.⁸ Voleva anche dire, come si trae dalle parole dello stesso senatore Sherman, che le misure richiamate costituivano gli strumenti irrinunciabili allo scopo di assicurare la difesa della stessa democrazia statunitense e del corretto funzionamento delle sue istituzioni di fronte alla comparsa delle nuove potenze economiche, le quali venivano criticamente paragonate ai baroni dell'epoca feudale: “modern feudalism its most apparent in the erection of great and irresponsabile rulers of industry, whose power, like that of the feudal barons, burdens the people and even overshadows the government which gave it existence”.⁹ Il paragone avanzato dal senatore Sherman con la situazione feudale inglese potrebbe apparire alquanto forzato, ma è la manifestazione di un'esigenza impellente di completamento costituzionale. Non a caso la legge che ha preso il suo nome è stata da molti elevata al rango di vera e propria “costituzione economica”¹⁰, sul presupposto che gli emendamenti facenti

⁸ A. Zorzi Giustiniani, *Alle origini dello Stato regolatore (1874-1910). Le libertà economiche, public utilities e monopoli al vaglio della Corte Suprema*, in S. Volterra (a cura di), *Corte Suprema e assetti sociali negli Stati Uniti d'America*, Torino, 2003, 242.

⁹ 21 Cong. Rec. 4101 (1890).

¹⁰ Tanto da essere stato definito nella giurisprudenza della Corte Suprema quale “Magna Carta of free enterprise” (*United States v Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596, 610, 1972). In tal senso cfr. inoltre R. Dixon, C.E. Mueller, *Antitrust Law: The Magna Carta*

parte del *Bill of Rights*, ed in particolare il XIV in tema di garanzia delle libertà del cittadino¹¹, dovessero trovare ulteriore prosecuzione e specificazione di fronte alla realtà della sopravvenienza di poteri privati pericolosamente soverchianti.

In ogni caso, i divieti sinteticamente richiamati muovevano, come si accennava, da una specifica concezione della costituzione economica che ruotava attorno al principio della massima tutela degli *small dealers* e del loro attivismo imprenditoriale dinanzi ai grandi conglomerati industriali e commerciali che si andavano sviluppando nel paese sotto forma di *trusts* (basti citare i *trusts* nel settore petrolifero, nel commercio del tabacco, dei liquori nonché il consolidamento dei *trusts* nel settore del trasporto ferroviario). Poteva trattarsi di un “valore-mito” della società americana, ossia “l’ineguagliabile spirito di iniziativa che caratterizza il genio dei mercanti e dei navigatori americani e che rappresenta in sé stesso una vena inesauribile di ricchezza nazionale”¹²; ma resta fermo che, nella prospettiva delle misure di contrasto apprestate dalla legge, la piena opportunità di realizzazione di tale valore assurgeva a condizione essenziale per realizzare ad un tempo un equilibrato sviluppo del benessere collettivo ed il corretto funzionamento delle istituzioni democratiche.¹³

Si potrebbe osservare che lo stesso senatore Sherman teneva a precisare che “the Courts will distinguish between lawful combinations in aid of production ad unlawful combinations to prevent competition and in restraint of trade”.¹⁴ Dal che emergerebbe una concorrente esigenza di temperamento del principio del rigetto assoluto di ogni “combination”; tuttavia, a parte la vaghezza di tali proposizioni, era tutt’altro che condivisa l’ipotesi che si potesse consentire di differenziare tali fenomeni aggregativi,

of the Free Enterprise System, in 27 *Antitrust L. & Econ. Rev.*, 25 (1996); T.B. Nachbar, *The Antitrust Constitution*, in 99 *Iowa L. Rev.*, 57 (2013).

¹¹ Per l’analisi del percorso di affermazione dei diritti fondamentali nell’esperienza statunitense attraverso la giurisprudenza della Corte Suprema soprattutto in relazione all’applicazione del XIV emendamento cfr. A. Buratti, *Diritti fondamentali e tradizione storica: il contributo della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Rivista per le Scienze Giuridiche*, Napoli, n. 10/2019, *Atti della Giornata di Studi in Onore di Paolo Ridola*, 423 e ss. ed Id., *Diritti fondamentali e integrazione federale. Origini, applicazioni e interpretazioni della due process clause nella Costituzione americana*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 1/2020. Sulla dottrina della *incorporation* sviluppata dalla Corte Suprema quale strumento di protezione dei diritti fondamentali cfr. A. Di Martino, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, Napoli, 2016, 81 e ss.

¹² M. D’Addio, *Il Federalista ed il superamento del giusnaturalismo politico*, in *Il Federalista*, Pisa, 1955, 646.

¹³ Nota a tale proposito Amato che “in those late years of the XIX century a broad political consensus was built upon the populist defense of the small producers against the so-called trusts”, pur non potendosi concepire lo Sherman Act quale “product of populist season” riflettendo invece qualcosa di molto più profondo e radicato nell’esperienza statunitense ossia “the Jeffersonian view of a society in which anyone has the right to build his own life and to support his family, independently of others” (G. Amato, *The Neo-Antitrust. Between Ends and Means*, in *Antitrust & Public Policies*, 2019, 1).

¹⁴ 21 Cong. Rec. 2460 (1890).

a seconda che risultassero fattori propulsivi o all'opposto impeditivi dal punto di vista della crescita produttiva.

D'altra parte, l'adozione dello Sherman Act vale di per sé a comprovare che negli Stati Uniti il valore della tutela della concorrenza e della *freedom of trade* è stato prontamente fatto proprio dal potere politico-legislativo; ciò a differenza di quanto avvenuto nella storia inglese dove l'intervento parlamentare può essere visto come il risultato della precedente attività svolta dalle Corti e addirittura, nel caso dello *Statute of Monopolies* del 1626, quasi la codificazione dei principi già delineati nella giurisprudenza di common law.¹⁵ Si comprende dunque che investire i giudici di un più discrezionale onere applicativo avrebbe spinto il potere giudiziario, "cacciato dalla porta ma rientrato dalla finestra"¹⁶, ad occupare il centro della questione antimonopolistica¹⁷, col rischio di consegnare ad esso la effettiva configurazione dell'assetto fondamentale della costituzione economica statunitense.

3. Le grandi decisioni della Corte Suprema: la rule of per se illegality e la preservazione del modello economico concorrenziale

Non sarebbe il caso di ripercorrere in modo dettagliato un complesso percorso giurisprudenziale che si è andato snodando per diversi secoli e di cui è stato dato ampiamente conto anche nella nostra letteratura.¹⁸ Tuttavia, per comprendere il significato della polemica di cui si diceva in apertura, può essere utile tornare sulle sue tappe principali, con particolare riferimento ad alcune grandi pronunzie che hanno segnato la contesa applicativa sullo Sherman Act ed in fin dei conti sullo stesso modello economico statunitense e soprattutto sullo spazio che in esso avrebbe potuto occupare il *big business*.

Così, è d'obbligo iniziare con il *leading case* concernente l'applicazione del canone della *rule of per se illegality*: il riferimento è alla sentenza *Trans-Missouri Freight Association* del 1897, avente ad oggetto le tariffe ferroviarie stabilite da alcune imprese attraverso un accordo di cartello istitutivo di una

¹⁵ Su questi aspetti sia permesso rinviare a F. Nania, *Le origini della "freedom of trade" in Inghilterra e la lotta contro i regi monopoli*, in *DPCE*, n. 4/2018, Bologna, 939 e ss.

¹⁶ Secondo l'espressione utilizzata da A. Zorzi Giustiniani, *op. cit.*, 244.

¹⁷ A questo proposito è stato osservato che: "la *regulation* non rappresenta il passaggio del controllo sulle dinamiche di mercato dalle aule giudiziarie, attraverso gli strumenti di common law, alle aule del Congresso, attraverso la legislazione amministrativa. Essa dà luogo a una complessa interazione tra diversi attori istituzionali, che, a vario titolo, assumono capacità regolative sul mercato. Tali attori istituzionali sono i legislatori, le Corti e le agenzie regolative"; cfr. M.R. Ferrarese, *Diritto e mercato*, Torino, 1992, 212.

¹⁸ Sulle origini storiche della regolazione del mercato negli USA cfr. G. Bernini, *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Bologna, 1991; M. D'Alberty, *Le radici dell'antitrust statunitense ed europeo* in Id., *Concorrenza e giustizia sociale*, in *Mercato Concorrenza Regole*, Fascicolo n. 2, 2020, 235 e ss. nonché, con particolare riferimento al ruolo delle autorità amministrative indipendenti, M. D'Alberty, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008. Per la puntuale disamina della giurisprudenza in materia cfr. soprattutto R. Niro, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Padova, 1994, 45 e ss.

“*voluntary association*” denominata Trans-Missouri alla quale le imprese coinvolte avevano delegato il compito di fissare regole e tariffe che ciascuna di esse si obbligava a rispettare.

E’ da precisare che, come si trae dalla lettura della decisione, per parte loro le imprese coinvolte, allo scopo di negare che tale accordo fosse volto a precludere gli effetti benefici della concorrenza sui prezzi del trasporto ferroviario e sull’efficienza del servizio con la finalità di monopolizzare il traffico delle merci nei territori interessati dall’accordo, si appellavano al criterio di ragionevolezza come inteso storicamente dalle corti di common law in materia di *restraints of trade or commerce*. In particolare, deducevano a loro difesa che il potere assegnato allo strumento associativo fosse semplicemente quello di stabilire “reasonable rates, rules, and regulations on all freight traffic”, per cui l’accordo *sub iudice* avrebbe dovuto ritenersi non solo perfettamente lecito, ma anche “salutary” e “reasonable” ai fini del funzionamento del mercato di riferimento.¹⁹

Nel respingere l’argomentazione difensiva, appena riassunta nei suoi tratti essenziali, la Suprema Corte, in forza delle considerazioni avanzate dal giudice relatore Peckham e poi condivise dalla maggioranza degli altri Justices, argomentava che lo Sherman Act vietava ogni accordo che comportasse comunque l’effetto restrittivo della concorrenza, senza che si rendesse necessario ponderare ulteriori elementi valutativi alla stregua del canone, peraltro fortemente censurato in quanto troppo sfuggente ed indeterminato, della *reasonableness* cui appunto si appellavano le imprese.

Al riguardo, la presa di posizione di Peckham non potrebbe essere più recisa quando afferma che “there can be no doubt that its direct immediate and necessary effect is to put a restraint upon trade or commerce as described in the act”; dal che la inevitabile conclusione della contrarietà alla legge dell’accordo in questione considerato nella sua oggettività: “no matter what the intent was on the part of those who signed it”, dal momento che lo Sherman Act, “by the simple use of the term «contract in restraint of trade»” avrebbe portato all’immediata conclusione che “all contracts of that nature, whether valid or otherwise, would be included, and not alone that kind of

¹⁹ Queste le parole della Corte nella redazione della sentenza in merito alle ragioni avanzate dai convenuti: “They deny the allegation that they were not content with the rates and prices prevailing at the date of the agreement; they deny any intent to unjustly increase rates, and deny that the agreement destroyed, prevented, or illegally limited or influenced competition; they deny that arbitrary rates were fixed or charged, or that rates have been increased, or that the effect of free competition has been counteracted; they deny any purpose in the formation of the association to monopolize trade, traffic, and commerce between the states and territories within the region mentioned in the bill; and they deny that the agreement is in any respect the illegal result of any unlawful confederation or conspiracy. The defendants allege that the power object of the association is to establish reasonable rates, rules, and regulations on all freight traffic, and the maintenance of such rates until changed in the manner provided by law” (*United States v Trans-Missouri Freight Ass’n* - 166 U.S. 290).

contract which was invalid and unenforceable as being in unreasonable restraint of trade”²⁰.

Come si può vedere, stando a tali postulati, ogni eventuale accertamento dei reali intendimenti dei sottoscrittori e delle effettive conseguenze dell'accordo sul relativo mercato, avrebbe significato eludere l'inequivoco divieto fissato dall'Act con riferimento ai *contracts in restraint of trade*, senza che fosse possibile circoscrivere il divieto stesso al campo degli accordi *unreasonable*.

Un diverso approccio già emergeva dalla *dissenting opinion* del giudice White, dove si manifesta l'insoddisfazione per una posizione applicativa tanto perentoria: in particolare viene imputato all'inflessibilità applicativa sposata dalla maggioranza dei giudici la palese incongruenza di privare di rilievo la *liberty of contract*, negandole un qualunque incidenza sulla decisione della fattispecie nonostante la sua consistenza costituzionale; obiezione questa che avrebbe dovuto spingere, a suo avviso, ad adottare il criterio della *rule of reason* in modo che “the liberty of contract and the freedom of trade” potessero concorrere alla pari nella soluzione del caso, mentre l'indiscriminata e generalizzata punizione degli accordi tra imprese avrebbe comportato la conseguenza che “all those contracts which are the very essence of trade and would be equivalent to saying that there should be no trade and therefore nothing to restrain”.²¹ Di qui il paradosso messo in luce nell'interrogativo finale dell'*opinion*: “if the rule of reason no longer determines the right of the individual to contract or secures the validity of contracts upon which trade depends and results, what becomes of the liberty of the citizen or the freedom of trade?”²²

Come si sa, negli anni immediatamente successivi alla sentenza ora esaminata, la Corte Suprema ha inteso più volte ribadire il canone ufficiale della *per se illegality*. Si possono richiamare in particolare le sentenze *Joint Traffic del 1898*, *Addyston Pipe del 1899* e *Northern Security Company del 1904*. Quanto alla prima decisione, la Corte stabilisce nuovamente la illiceità di un accordo stipulato tra imprese ferroviarie e non manca di confermare che una rigorosa applicazione dello Sherman Act risulta irrinunciabile allo scopo di preservare il *free enterprise system* e i valori di libertà su cui esso si fonda: “the anti-trust law prohibits all contracts in restraint of trade or commerce...whether the rates be reasonable or unreasonable” e pertanto “an agreement providing for their establishment and maintenance...is prohibited”.²³ Per quanto, nonostante la reiterazione di questa premessa metodologica, compaia nella decisione un inedito profilo di lettura della legislazione antimonopolistica che fa leva sulla distinzione tra effetto restrittivo diretto oppure indiretto: per cui i divieti negoziali ivi previsti “applies only to those contracts whose direct and immediate effect is a

²⁰ *Trans-Missouri v U.S.*, 328, 84.

²¹ *Ibidem*, 129

²² *Ibidem*, 136.

²³ *United States v. Joint Traffic Ass'n*, 171 U.S. 505 (1898), 511.

restraint upon interstate commerce” e “the effect upon interstate commerce must not be indirect or incidental only”.²⁴

Quanto al caso *Addyston Pipe* si riafferma la operatività della *rule of per se illegality* con riferimento a quelli che vengono denominati “naked agreements”, ossia gli accordi che hanno quale unico scopo quello di falsare o eliminare la concorrenza nel mercato. Ma al contempo non si esclude che possano considerarsi validi quegli accordi, denominati *ancillary restraints of trade*, la cui valenza restrittiva non rappresenti la *main purpose* del contratto, ma costituisca un effetto collaterale della legittima transazione tra le parti.²⁵

Si tratta di un evidente temperamento delle spigolosità della *rule of per se* dal momento che, come è stato giustamente osservato, grazie alla dottrina dei *naked ancillary restraints* veniva incuneato nella lettura dello Sherman Act “a method of preserving socially valuable transactions by defining an exception to an otherwise inflexible prohibition of agreements eliminating competition, and a formula for confining the exception to the area of its reason for existence”.²⁶

Pertanto, fermo restando il postulato di principio, le decisioni della Corte Suprema limitano l'illiceità agli *agreements in restraint of trade* che, perseguendo in via prioritaria l'obiettivo anti concorrenziale e comportando un effetto lesivo immediato e diretto sul commercio inter statale (inteso sia nella sua accezione di *trade*, cioè di vendita dei prodotti ai consumatori, sia nella accezione più lata di *commerce* riferita a tutto il processo di produzione e distribuzione), devono essere stigmatizzati come *unlawful* alla stregua del paramento della *rule of per se illegality*.

Sottolinea a tale riguardo Bork che la Corte, e specificatamente il Justice Peckham autore della *opinion* di maggioranza, “was not committed to an unworkably broad per se approach, but was in fact employing a rule of

²⁴ *Ibidem*, 568.

²⁵ Nel caso in esame, la Court of Appeal, nell'*opinion* redatta dal Giudice Taft, aveva affermato che “no contractual restraint of trade is enforceable at common law unless the covenant embodying it is merely ancillary to some lawful contract...and necessary to protect the covenantee in the enjoyment of the legitimate fruits of the contract, or to protect him from the dangers of an unjust use of those fruits by the other party. The main purpose of the contract suggests the measure of protection needed and furnishes a sufficiently uniform standard for determining the reasonableness and validity of the restraints. But where the sole object of both parties in making the contract is merely to restrain competition, and enhance and maintain prices, the contract is void” (*United States v Addyston Pipe Steel Co. Et Al*, 85 F. 271 6th Cir. 1898, 272). Tale linea interpretativa veniva confermata dalla Corte Suprema nel giudizio di ultima istanza in particolare nel brano dell'*opinion* in cui il Justice Peckham ribadiva che “all the facts and circumstances are, however, to be considered in order to determine the fundamental question whether the necessary effect of the combination is to restrain interstate commerce” (*Addyston Pipe & Steel Company Et Al., Appts., v. United States* 175 U.S. 211, 112).

²⁶ Cfr. R. Bork, *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division*, in *The Yale Law Journal*, Vol. 74, No. 5, 1965, 801. Lo stesso Autore osserva altresì che la sentenza in esame “offered the Sherman Act a sophisticated rule of reason, a method of preserving socially valuable transactions by defining the scope of an exception for efficiency-creating agreements within an otherwise inflexible per se rule” (Cfr. R. Bork, *The Antitrust Paradox*, cit., 30).

reason”. Si tratterebbe dunque di una sorta di *rule of reason* ancora mascherata, perché, pur restando illeciti “those agreements whose purpose or effect was to suppress competition in the general market”, non si escludeva la sussistenza di accordi tra imprese nei quali la “elimination of competition was collateral and incidental to another end the parties were pursuing”.²⁷

Va subito aggiunto che queste aperture non hanno come esito la definitiva rinuncia al canone della *rule of per se illegality* nella sua accezione più stringente. Basti richiamare ad esempio il caso *Northern Securities Co. v US* del 1904 (che impone lo scioglimento dell'accordo di cartello tra la Great Northern Railway Company e la Northern Pacific Railway Company) dove, seppure con una maggioranza di cinque Justices a quattro, l'*opinion* di maggioranza, affidata al giudice Harlan, torna a postulare l'esigenza di un'applicazione onnicomprensiva dello Sherman Act, ossia idonea ad investire gli accordi che in qualunque modo risultino restrittivi del commercio: “every combination or conspiracy which would extinguish competition between otherwise competing railroads engaged in interstate trade or commerce, and which would in that way restrain such trade or commerce, is made illegal by the act”.²⁸ Per l'ennesima volta, soltanto nelle opinioni dissenzienti esposte in particolare da Holmes e White, ossia due dei quattro *dissenting* Justices (oltre a Fuller ed allo stesso Peckham), si rinviene l'eco delle sentenze precedenti e si teorizza la limitazione dei divieti alle *unreasonable restraints of trade*, appellandosi in particolare alla libertà di impresa ed alla *liberty of contract*, ma evidenziando anche il concreto rischio che dilatando la portata preclusiva delle misure antimonopolistiche si finisse per ostacolare il processo di formazione di operatori economici di più ampie dimensioni in grado di imprimere un maggior grado di efficienza al mercato.²⁹

Alla stregua di questa rivisitazione, si può comprendere perché sulla linea adottata dalla Corte Suprema tra il 1897 ed il 1904, nonostante le variazioni sopra segnalate, Posner possa esprimere una critica tanto perentoria: il canone della *rule of per se*, a suo giudizio, sarebbe andato incontro ad un processo degenerativo sino a trasformarsi in una sorta di

²⁷ Cfr. R. Bork, *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division*, cit., 794.

²⁸ *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904), 198.

²⁹ Nelle parole del Justice Holmes lo Sherman Act “says nothing about competition, and only prevents its suppression by contracts or combinations in restraint of trade, and such contracts or combinations derive their character as restraining trade from other features than the suppression of competition alone”. Inoltre, si evidenziava nell'*opinion* che una interpretazione eccessivamente rigorosa della normativa antitrust avrebbe reso “eternal the bellum omnium contra omnes and disintegrate society so far as it could into individual atoms” sino a determinare “an attempt to reconstruct society” che il Congresso “was not entrusted by the Constitution with the power to make” (par. 411). Su questi aspetti cfr. J.W. Garner, *The Northern Securities Case*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 24, *The Government in Its Relation to Industry* (Jul. 1904), 125-147.

“shibboleth”, ossia una concezione prettamente dogmatica e perciò priva di correlazione con l’effettività dei rapporti economici e con i reali meccanismi di funzionamento di un mercato industriale.³⁰

Al di là di queste valutazioni retrospettive, è significativo che ancora nel 1910 l’allora Presidente degli Stati Uniti William Howard Taft (nonché successivo Presidente della Corte Suprema dal 1921 al 1930) abbia avvertito l’esigenza di respingere in un Messaggio al Congresso qualunque ipotesi di inserimento nello Sherman Act, con specifico riferimento al tema del divieto di accordi tra imprese, della locuzione “unreasonable”: ossia la locuzione che avrebbe circoscritto per l’appunto la condanna normativa ai soli “unreasonable restraints of trade”.

Si argomentava criticamente nel Messaggio presidenziale che tale inserimento, sancendo l’espressa incorporazione della *rule of reason* nel corpo della legge, avrebbe investito le corti del potere “to say what are the good trusts and what are the bad trusts, according to . . . their economic and political views”, un potere discrezionale tanto ampio da risultare “impossible to exercise on any consistent principle which will ensure the uniformity of decision essential to just judgment”.

Sono considerazioni che rendono chiaro come la contrarietà alla formalizzazione del canone della “ragionevolezza”³¹ fosse motivata soprattutto dalla volontà di scongiurare un eccesso di incidenza delle decisioni della Corte sul funzionamento del sistema economico statunitense, seppure veniva comunque rimarcato, nell’ottica del temperamento del canone decisionale della *per se illegality*, che “a mere incidental restraint of trade and competition is not within the inhibition of the act, but it is where the combination or conspiracy or contract is inevitably and directly a

³⁰R. Posner, *Antitrust Law: An economic perspective*, Chicago, 1976, 24 e ss. Una critica alla *rule of per se* era stata già sollevata da Bork laddove egli osservava che “the current shibboleth of per se illegality in existing law conveys a sense of certainty, even of automaticity, which is delusive. The per se concept does not accurately describe the law relating to agreements eliminating competition as it is, as it has been, or as it ever can be. Alongside cases announcing a sweeping per se formulation of the law there has always existed a line of cases refusing to apply it. Doubtless some of the cases in the latter group were wrongly decided, but it would be naive to write them all off as simply incorrect or aberrational. The persistent refusal of courts to honor the literal terms of the per se rules against price-fixing and market-division agreements demonstrates a deep-seated though somewhat inarticulate sense that those rules, as usually stated, are inadequate” (cfr. R. Bork, *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price-Fixing and Market Division*, cit., 775-777).

³¹ Su cui cfr., in relazione al contesto statunitense, G. Bognetti, *Il principio di ragionevolezza e la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994. Per un quadro complessivo sulle modalità di bilanciamento dei diritti fondamentali cfr. P. Ridola, *L’interpretazione dei diritti fondamentali tra «regole» e «principi». «Balancing test», ponderazioni, ragionevolezza, proporzionalità*, in Id., *Il Principio Libertà nello Stato Costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, 2018, 111 e ss.

substantial restraint of competition, and so a restraint of trade, that the statute is violated”.³²

4. La rule of reason e le distinzioni classificatorie tra effetti restrittivi e modalità di acquisizione di posizioni monopolistiche

Benché, dunque, fosse rimasta inalterata la lettera della legge, l’interpretazione delle norme dello Sherman Act si era oramai andata distaccando dalla testuale e più rigida applicazione dei divieti in esso contenuti.

A riprova di ciò, è appena di un anno dopo la decisione che, a detta di molti, rappresenta la prima compiuta applicazione della *rule of reason* al campo dei rapporti economici.³³

Il riferimento è alla sentenza del 1911 della Corte Suprema, presieduta dallo stesso Justice White già sostenitore del canone della ragionevolezza sin dalla *dissenting opinion* nella vicenda *Trans-Missouri*, del caso riguardante la *Standard Oil Company*, ossia il grande *trust* del settore petrolifero fondato nel 1870. Una sentenza che, nelle parole del Chief Justice, avrebbe dovuto segnare l’*overruling* della regola della *per se illegality* applicata dalla Corte per la prima volta nel caso *Trans-Missouri* o quantomeno una sua definitiva “limitazione”.³⁴

Non deve sorprendere che l’inaugurazione di tale criterio coincida con la dichiarazione di illiceità della formazione facente capo a Rockefeller, quel che conta difatti è la novità delle argomentazioni sulle quali fa leva la sentenza per arrivare a siffatta conclusione. Ed invero, la decisione in esame non muove dalla automatica e perentoria applicazione dei divieti normativi, ma procede alla ponderazione della fattispecie alla stregua dello schema della *economic efficiency* e del *consumare welfare*.³⁵

³² W. H. Taft, *Special Message to Congress*, Jan. 7, 1910. Un’interpretazione, questa, delle norme antitrust che Taft, come detto, aveva già esplicitato quale giudice della Court of Appeal nel caso *Addyston Pipe* in precedenza richiamato. Sulla figura di Taft quale Presidente della Corte Suprema soprattutto in relazione alla difesa dei *property rights* nel contesto generale di una “poderosa espansione della base produttiva, di una crescita senza precedenti del grande potere finanziario, di una *business community* dinamica e aggressiva, consapevole e orgogliosa di aver creato un modello unico al mondo, in cui la diffusione della ricchezza e del benessere poteva considerarsi un processo ormai inarrestabile” (4) cfr. A. Zorzi Giustiniani (a cura di), *Diritti fondamentali e interessi costituiti, W.H. Taft Presidente della Corte Suprema degli Stati Uniti (1921-1930)*, Milano, 2006, 3 e ss.

³³ Per la collocazione della sentenza in un quadro più complessivo e periodizzato cfr. D.P. Currie, *The Constitution in the Supreme Court: The Protection of Economic Interests, 1889-1910*, in 52 *U. Chi. L. Rev.* 324 (1985); A Pastena, *Reasonableness in the jurisprudence of the US Supreme Court*, in *Federalismi*, n. 15/2017.

³⁴ Affermava il Chief Justice: “the Freight Association Case was mistakenly decided or too broadly stated, the doctrine which it announced should be either expressly overruled or limited” (*Standard Oil Co. of New Jersey v United States* (1911), 221 U.S., 67).

³⁵ In particolare nella *opinion* di maggioranza si evidenziava che “as had been the case in England, practical common sense caused attention to be concentrated not upon the theoretically correct name to be given to the condition or acts which gave rise to a

E' vero che, come si trae dalla lettura della *opinion* di maggioranza del Chief Justice White, la Corte muove dal “wrongful intent”, per di più *evident and actual*, che ritiene di ravvisare nella specie; ma stavolta ciò che maggiormente rileva è che il tentativo di acquisire il controllo del mercato si avvalga di “unnatural means”: ossia di *business combinations* che consentono il predominio nell’ambito del mercato non “by efficiency”, ossia grazie ad un più oculato esercizio dell’impresa ed alle legittime espressione della *liberty of contract* e della *freedom of trade*, bensì mediante la messa in opera di scorrette pratiche commerciali.³⁶

In tal modo, come evidenziato da Robert Bork, “a dynamic principle was built into the rule of reason so that the interpretation of the law could change ad adjust in its pursuit of that goal (consumer welfare) as economic understanding advanced”.³⁷ In senso diverso si esprime Posner, a detta del quale mancherebbe ancora nella decisione in ordine all’illegalità della Standard Oil Trust il dato obiettivo della effettiva decisività della *combination* in questione ai fini dell’acquisizione di un pieno controllo sui prezzi perché possa dirsi definitivamente accolta la prospettiva della *economic analysis* e del *consumer welfare*.³⁸

A parti invertite rispetto al passato, spetta ora alla *dissenting opinion* del giudice Harlan, non a caso redattore della *opinion* di maggioranza nel caso *Northern Security Company*, tornare ad agitare lo spettro della “invasion by the judiciary of the constitutional domain of Congress”; secondo le parole del Justice, “when Congress prohibited every contract, combination, or monopoly, in restraint of commerce, it prescribed a simple, definite rule that

harmful result, but to the result itself and to the remedying of the evils which it produced”. Si notava inoltre che dalle norme dello Sherman Act “inevitably follows that the provision necessarily called for the exercise of judgment which required that some standard should be resorted to for the purpose of determining whether the prohibition contained in the statute had or had not in any given case been violated. Thus not specifying, but indubitably contemplating and requiring a standard, it follows that it was intended that the standard of reason which had been applied at the common law and in this country in dealing with subjects of the character embraced by the statute was intended to be the measure used for the purpose of determining whether, in a given case, a particular act had or had not brought about the wrong against which the statute provided” (*Standard Oil Co. of New Jersey v United States* (1911), 221 U.S., 57).

³⁶ La Corte affermava in tal senso che “because the unification of power and control over petroleum and its products which was the inevitable result of the combining in the New Jersey corporation by the increase of its stock and the transfer to it of the stocks of so many other corporations, aggregating so vast a capital, gives rise, in and of itself, in the absence of countervailing circumstances, to say the least, to the prima facie presumption of intent and purpose to maintain the dominancy over the oil industry, not as a result of normal methods of industrial development, but by new means of combination which were resorted to in order that greater power might be added than would otherwise have arisen had normal methods been followed, the whole with the purpose of excluding others from the trade, and thus centralizing in the combination a perpetual control of the movements of petroleum and its products in the channels of interstate commerce” (*Standard Oil*, 128).

³⁷ Cfr. R. Bork, *The Antitrust Paradox*, cit., 34

³⁸ Cfr. R. Posner, *Antitrust Law*, cit., 27.

all could understand, and which could be easily applied by everyone wishing to obey the law, and not to conduct their business in violation of law”.³⁹

Il test di ragionevolezza coniato nella decisione sulla *Standard Oil* troverà ulteriore specificazione nei casi *American Tobacco* e *Chicago Board of Trade*: nel primo – ferma restando la possibilità di individuare accordi *illegal per se* senza bisogno di ulteriori valutazioni in quanto aventi lo scopo esclusivo di restringere la concorrenza – si conferma la rilevanza dirimente attribuita alle modalità utilizzate allo scopo di acquisire posizioni di controllo del mercato (quali ad esempio le *predatory practices* contrarie al criterio della *efficiency*)⁴⁰; nel secondo caso, il Giudice Brandeis, al presumibile scopo di respingere l'accusa di incontrollabilità del giudizio *sub specie* di ragionevolezza, evidenziava che “the true test for legality is whether the restraint is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such that may suppress or even destroy competition”; sicché venivano stabiliti una molteplicità di indici atti ad integrare il giudizio di ragionevolezza ed a renderlo in qualche modo il più circostanziato possibile: “the facts peculiar to the business to which the restraint is applied”; l'assetto del mercato di riferimento prima e dopo che la restrizione fosse posta in essere; “the nature of the restraint and its effect, actual or probable” ed infine “the history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained”.⁴¹

Il collaudo in positivo del parametro della *rule of reason* nei termini teorizzati nel caso *Standard Oil*, assunto qui quale criterio distintivo tra “bad monopolies” e “good monopolies”, si trova nella sentenza *United States v US Steel Corp.*: nonostante il “commanding market share” detenuto dall'azienda, la Corte ritenne che non ricorresse la violazione dello Sherman Act, non essendo censurabile un'impresa in ragione delle sue dimensioni o dell'ampiezza della distribuzione dei suoi prodotti, e nemmeno per il

³⁹ Con le seguenti proposizioni il Justice Harlan confermava la sua preoccupazione per le conseguenze che l'applicazione della *rule of reason* avrebbe potuto comportare: “I have a strong conviction that it will throw the business of the country into confusion and invite widely-extended and harassing litigation, the injurious effects of which will be felt for many years to come. When Congress prohibited every contract, combination, or monopoly, in restraint of commerce, it prescribed a simple, definite rule that all could understand, and which could be easily applied by everyone wishing to obey the law, and not to conduct their business in violation of law. But now, it is to be feared, we are to have, in cases without number, the constantly recurring inquiry — difficult to solve by proof — whether the particular contract, combination, or trust involved in each case is or is not an ‘unreasonable’ or ‘undue’ restraint of trade. Congress, in effect, said that there should be no restraint of trade, in any form, and this court solemnly adjudged many years ago that Congress meant what it thus said in clear and explicit words, and that it could not add to the words of the Act” (cfr. *Standard Oil*, 103).

⁴⁰ *United States v American Tobacco Company*, 221 U.S. 106 (1911), 183.

⁴¹ *Bd. of Trade of the City of Chicago v US*, 246 US (1918), 231, 238. Sul giudice Brandeis e sulla sua concezione della legislazione antitrust cfr. M. Handler, *The Brandeis Conception Of The Relationship Of Small Business To Antitrust*, in *American Bar Ass., Section Of Antitrust Law*, Vol. 16, 1960.

potenziale potere di monopolizzare il mercato,⁴² dovendo pur sempre l'illiceità trovare effettivo riscontro nelle condotte poste in essere dall'azienda.⁴³

5. Il punto di arrivo: il bilanciamento tra effetti anticoncorrenziali ed economic efficiency ai fini dell'applicazione dei divieti antitrust

La svolta decisionale appena richiamata non segna tuttavia la definitiva ed irretrattabile prevalenza del canone della *rule of reason*, ed anzi, successivamente a talune sentenze che sembrano disegnare un andamento a “zigzag”⁴⁴ tra l'adozione dei due parametri, si registra addirittura “una vigorosa controffensiva dei sostenitori di una più rigida applicazione delle leggi antitrust”⁴⁵. Tale controffensiva – successiva al fallimento del programma di pianificazione industriale del National Industry Recovery Act che aveva contraddistinto il *New Deal* e che incontrò l'opposizione della Corte Suprema⁴⁶ – viene identificata nella sentenza *Alcoa* del 1945 nella quale la Court of Appeals for the Second Circuit rigettava ogni tentativo di subordinare l'esistenza del reato di *monopolization* alla presenza di atti o attività “irragionevoli” posti in essere a questo scopo, affermando perentoriamente che il Congresso “did not condone «good trusts» and condemn «bad ones»; it forbid all”.⁴⁷

⁴²Nelle parole della Corte “an industrial combination short of a monopoly is not objectionable under the act merely because of its size - its capital and power of production - or merely because of a power to restrain competition, if not exerted” (cfr. *United States v US Steel Corp*, 251 U.S. 417, 1920, 251).

⁴³ Difatti, nel caso di specie, la Corte evidenziava come la US Steel non avesse messo in pratica le “brutalities” perpetrate dalla Standard Oil ed in particolare “did not secure freight rebates; it did not increase its profits by reducing the wages of its employees— whatever it did was not at the expense of labor; it did not increase its profits by lowering the quality of its products, nor create an artificial scarcity of them; it did not oppress or coerce its competitors—its competition, though vigorous, was fair; it did not undersell its competitors in some localities by reducing its prices there below these maintained elsewhere, or require its customers to enter into contracts limiting their purchases or restricting them in resale prices; it did not obtain customers by secret rebates or departures from its published prices; there was no evidence that it attempted to crush its competitors or drive them out of the market, nor did it take customers from its competitors by unfair means, and in its competition it seemed to make no difference between large and small competitors” (*United States v US Steel Corp*, 251 U.S. 417 1920). Per un raffronto tra i casi *Standard Oil* e *US Steel* proprio in riferimento alla individuazione da parte della Corte delle condotte illecite ricadenti sotto i divieti dello Sherman Act cfr. W.H. Page, *Standard Oil and U.S. Steel: Predation and Collusion in the Law of Monopolization and Mergers*, in *S. Cal. L. Rev.* 101, 85 (2012).

⁴⁴ Secondo l'espressione di R. Bork, *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division*, cit., 777.

⁴⁵ G. Bernini, *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Bologna, 1991, 302.

⁴⁶ Cfr. L. Kalman, *The Constitution, the Supreme Court and the New Deal*, in 110 (4) *American Historical Review*, 1052, Oxford, 2005; D.P. Currie, *The Constitution in the Supreme Court: The New Deal, 1931-1940*, in *University of Chicago Law Review*, Vol. 54, Iss. 2, 1987.

⁴⁷ *US v Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945), 427.

Riprendeva pertanto pieno vigore la regola della *per se illegality* dal momento che – come osservava sempre il giudice Hand redattore della *opinion* di maggioranza – “great industrial consolidations are inherently undesirable, regardless of their economic result”,⁴⁸ essendo in ogni caso preferibile una struttura economica composta di “small units” in competizione tra loro. Come si vede, risuonano nella sentenza gli accenti che avevano accompagnato l’approvazione dello Sherman Act e non si esita a recuperare una posizione pregiudizialmente avversa ai conglomerati industriali. E questo in convergenza con le posizioni espresse in quegli anni dalla scuola di Harvard che vedeva nello Sherman Act, nell’ambito dell’“historical approach” da essa adottato soprattutto la “protection of individuals from oppression and foreclosure of opportunities by economically powerful interests”.⁴⁹

Il richiamo alla valenza “garantistica” delle leggi antitrust, con la conseguente rigorosa applicazione dei suoi divieti, è alla base della decisione della Corte Suprema, *Brown Shoe v US* adottata nel 1962. In questo caso la Corte, sotto la presidenza del Giudice Warren⁵⁰, propose una interpretazione della sezione 7 del Clayton Act, come emendato nel 1950⁵¹, tornando ad applicare appunto la *per se rule*, argomentando che la legislazione antitrust dovesse proteggere “competiton, not competitors and its desire to restrain mergers only to the extent that such combinations may tend to lessen competition”.⁵²

Bisognerà attendere molti decenni per imbattersi nel “turning point”⁵³ di questa alternanza tra canoni decisionali: la sentenza *Continental T.V., Inc. v GTE Sylvania Inc.* del 1977 riguardante un’ipotesi di *vertical restraint*, ossia un accordo verticale restrittivo della concorrenza, operante tra impresa produttrice ed impresa distributrice.

Nel caso in commento, la decisione ruota attorno alla *economic analysis*, come teorizzata dalla scuola di Chicago, all’esito della quale la Corte, stavolta

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Sulle teoriche economiche delle scuole di Harvard e di Chicago in relazione all’applicazione delle norme antitrust cfr. H. Hovenkamp, *The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm*, in *Faculty Scholarship at Penn Law* 1771, 2007 ed Id. *Harvard, Chicago and Transaction Cost Economics in Antitrust Analysis*, in *Antitrust Bulletin*, Vol. 55 (2010), 613.

⁵⁰ Sulla Corte Warren cfr. J. Greenbaum, *Giustizia Costituzionale e diritti dell’uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger*, Milano, 1992; A. Wohl, *Warren Court*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, V. Gale (ed.), 2008, 173 e ss.

⁵¹ Nel 1950, attraverso un emendamento introdotto con il Celler-Kefauver Antimerger Act, venne stabilita una disciplina più severa in merito alle *vertical mergers* ed alla *conglomerate mergers*. In particolare, il testo della sezione 7 del Clayton Act venne modificato eliminando il criterio della illegittimità subordinata alla verifica dell’effetto dell’acquisizione nel diminuire sostanzialmente la concorrenza tra società incorporante e società incorporata; in altri termini si considerava l’effetto della fusione tra due società come fenomeno comunque potenzialmente lesivo degli interessi degli operatori economici estranei all’operazione di concentrazione.

⁵² *Brown Shoe Co., Inc. v United States*, 370 U.S. 294 (1962), 370.

⁵³ Cfr. G. Amato, *The Neo-antitrust*, cit., 2.

durante la presidenza dello Chief Justice Burger⁵⁴, ha riconosciuto la legittimità dell'accordo verticale tra le imprese sottoposto al suo esame. Si legge in un significativo passo della *opinion* di maggioranza redatta dal Justice Powell: “competitive economies have social and political as well as economic advantages, but an antitrust policy divorced from market considerations would lack any objective benchmarks”, pertanto ogni “departure from the rule of reason standard must be based upon demonstrable economic effect”.⁵⁵

Alla stregua di tali affermazioni, si è ritenuto di poter appurare che “economic analysis has re-invented the interpretation of antitrust laws”, al punto da sancire “the priority of efficiency over competition”; si è anche argomentato che, così ragionando, i Justices avrebbero stabilito che anche “antitrust prohibitions must have an economic rationale”.⁵⁶ Dunque, si può comprendere perché, secondo i commenti anche di tono ironico, a seguito di tale decisione sarebbe tramontato l'ideale egualitario di un mercato composto da tante *small units* in libera competizione tra di loro, e perché sarebbe stata in tal modo depurata la normativa antitrust dal presunto obiettivo di “resurrect a nation of sturdy Jeffersonian yeomen”.⁵⁷

Può apparire forse prematura la conclusione che l'ingresso della *economic analysis* in sede di applicazione delle norme antitrust debba considerarsi come la definitiva rottura con la ratio originaria dello Sherman Act, protesa alla tutela degli *small dealers* ed al contenimento del *big business*, una ratio divenuta oramai irrealistica e comunque contraria alle esigenze di sviluppo dell'economia americana. Resta vero che dando seguito alla decisione nel caso *Sylvania* la Corte Suprema, con una serie di sentenze successive, “systematically went about the task of dismantling many of the per se rules it had created in the prior fifty years, and increasingly turned to modern economic theory to inform its interpretation and application of the Sherman Act”.⁵⁸

⁵⁴ Sulla Corte Burger cfr. G.F. FERRARI, *La Corte Suprema degli Stati Uniti durante la presidenza Burger (1960-1986)*, in *Giur. Cost.*, 6, 1987, 1896 e ss.

⁵⁵ *Continental Television v GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977), 53, 21. È interessante anche rimarcare la critica rivolta nell'*opinion* alla precedente Corte Warren, in particolare laddove si fa esplicito riferimento al caso *Schwinn* del 1967 nel quale, applicando ancora la *rule of per se illegality*, si era stabilita l'illiceità delle *territorial vertical restraints*.

⁵⁶ Cfr. G. Amato, *The Neo-antitrust*, cit., 4. Per l'analisi dell'applicazione delle norme antitrust in relazione al canone della *economic efficiency* cfr. H.J. Hovenkamp, *Antitrust Policy After Chicago*, in 84 *Mich. L. Rev.* 213, (1985); R.D. Blair, D. Sokol, *The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: an Economic Approach*, in 78 *Antitrust L.J.* No. 2 (2012), 477.

⁵⁷ Cfr. R.A. Posner, *The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision*, in *University of Chicago Law Review*, n. 1/1977, 45.

⁵⁸ J.B. Baker, A. I. Gavil, W. Kovacic, *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems, in Competition Policy*, St. Paul, 2002, 358. Ma vi è anche chi, come Hovenkamp, evidenziava in quella fase storica come fossero semmai gli *antitrust policy-makers* ad aver abbracciato la regola della *economic efficiency*, mentre a ben vedere più cauto sarebbe stato l'approccio della Corte Suprema (cfr. H.J. Hovenkamp, *Antitrust Policy after Chicago*, cit., 223, il quale porta ad esempio soprattutto i casi *Monsanto Co. v Spray-Rait Serve.* del 1984 ed *Arizona v Maricopa County Medical Socy.* del 1982).

In effetti, in altri e successivi casi la stessa Corte, pur tenendo fermo la centralità dell'approccio economico, si è preoccupata di evidenziare che “the rule of reason does not open the field of antitrust inquiry to any argument in favor of a challenged restraint that may fall within the realm of reason”, dovendosi avere in ogni caso riguardo prioritario agli effetti delle condotte poste in essere dalle imprese sulle “competitive conditions”.⁵⁹ Il che vuol dire che la *rule of reason* non avrebbe dovuto operare quale giustificazione di qualsiasi comportamento anticoncorrenziale purché “ragionevole” od “efficiente”, restando illecite, “without further examination under the rule of reason”, le pratiche che risultino “so plainly anticompetitive and so often lacking any redeeming virtue”.⁶⁰

Si tratti o meno della individuazione di un terzo parametro “between per se and full rule of reason analysis” (denominato “quick look approach” o “quick look rule of reason”), l'esigenza di una combinazione tra i due criteri viene espressamente affermata nel caso *NCAA* nel quale la Corte Suprema sottolineava appunto che “there is often no bright line separating Per Se from Rule of Reason analysis” e che “the essential inquiry remains the same - whether or not the challenged restraint enhances competition”.⁶¹ Analogamente, nella decisione *California Dental Association* del 1999, la Corte fondava la sua decisione sulla “quick-look analysis under the rule of reason”, da applicare quando “an observer with even a rudimentary understanding of economics could conclude that arrangements in question would have an anticompetitive effect on costumers and markets”⁶²: in buona sostanza, lo schema della Corte è nel senso che l'immediata percepibilità di una ricaduta anti-competitiva esclude a priori la possibilità che l'accordo tra imprese possa apparire “ragionevole”, e pertanto senza che in tali casi - ma tutto sommato marginali - possa operare alcun onere decisionale di dover procedere ad uno scrutinio anche appena maggiormente approfondito.⁶³

In tal senso, si può ulteriormente ricordare la recente decisione della Corte Suprema che ha visto coinvolta nuovamente la NCAA⁶⁴ nella quale la Corte, respingendo la tesi della ricorrente con la quale si chiedeva di procedere secondo una *quick look analysis* in quanto la condotta sarebbe stata “obviously incapable of harming competition”, ribadiva la prevalenza del canone della *rule of reason* anche quando, come nel caso di specie, nel relativo

⁵⁹ *National Soc'y of Prof. Engineers v. United States*, 435 U.S. 679 (1978), 688.

⁶⁰ *Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcasting System Inc.*, 441 U.S. 1 (1979), 8.

⁶¹ *NCAA v Board of Regents of the University of Oklahoma* 468 US 85 (1984).

⁶² *California Dental Assn. v FTC* 526 US 756 (1999), 770.

⁶³ Cfr. G.J. Werden, *Antitrust's Rule of Reason: Only Competition Matters*, in 79 *Antitrust Law Journal*, No. 2 (2014), 726 e ss. Ciò sarebbe almeno in parte dovuto ai maggiori “costi” processuali ed amministrativi che deriverebbero dall'applicazione della *rule of reason* soprattutto per l'elevato livello tecnico delle valutazioni da effettuare che richiederebbero un livello di *expertise* del quale i giudici sono il più delle volte sprovvisti; cfr. H.J. Hovenkamp, *The Rule of Reason*, cit., 98; D. Crane, *Market Power Without Market Definition*, in 90 *Notre Dame L. Rev.* 31 (2014). Sulla *quick look analysis* cfr. D. Cavanagh, *Whatever Happened To Quick Look?*, in 26 *U. Miami Bus. L. Rev.* 39 (2017).

⁶⁴ *NCAA v Alston*, 594 U. S. (2021).

bilanciamento entrassero a far parte elementi di rilevanza “sociale”⁶⁵; in particolare veniva sottolineato che “most restraints challenged under the Sherman Act—including most joint venture restrictions—are subject to the rule of reason”⁶⁶, confermando che in base a tale canone la restrizione della concorrenza sarebbe accettabile esclusivamente nel caso in cui la parte fornisca “a legally valid procompetitive justification”.⁶⁷

Fatte queste precisazioni, resta che, una volta assunto quale criterio di giudizio quello dell’efficienza del mercato, il baricentro decisionale non è più costituito da un prioritario giudizio negativo nei confronti dei fenomeni aggregativi e della grande impresa; a questo punto, l’effetto anticoncorrenziale è ammesso a una comparazione pressoché alla pari con l’effetto di miglioramento del mercato sotto i diversi profili insiti nella nozione di *efficiency*: per cui soltanto a seguito del bilanciamento tra questi effetti contrapposti si potrà addivenire alla corretta soluzione della controversia.

Questo stile decisionale trova conferma sul versante probatorio, dove si traduce in una puntuale ripartizione dell’onere della prova in sede giurisdizionale tra *plaintiffs* e *defendants* allo scopo di rendere la *rule of reason* un canone decisionale più certo, o almeno “less amorphous and reliant on balancing”.⁶⁸ Si fa riferimento alla strutturazione del relativo giudizio, che si tratti della Corte Suprema oppure delle corti inferiori, secondo le successive scansioni della *four stages analysis* (o anche *four stages rule of reason*). Per cui, in una prima fase ricade sul ricorrente l’onore di provare gli *anti-competitive effects* della condotta (l’aumento dei prezzi, l’acquisizione di *market power* e conseguente possibilità di *monopolization*, ecc.); nella seconda fase il *defendant* può a sua volta dimostrare come l’accordo sia idoneo ad apportare tali miglioramenti alla *efficiency* del mercato da giustificare anche una restrizione della concorrenza; nel successivo passaggio il *plaintiff* deve questa volta provare che l’effetto positivo in termini di *efficiency* potrebbe essere egualmente realizzato, ma incidendo in un misura non così sfavorevole sulla concorrenza o che comunque l’incidenza sulle opportunità concorrenziali non sia a tale scopo *reasonably necessary*. Per giungere infine al quarto *step*, ossia alla fase del bilanciamento da parte del giudicante delle conseguenze di segno negativo e di quelle di segno positivo del *restraint of trade*.

⁶⁵ Per i quali la Corte afferma di aver “regularly refused materially identical requests from litigants seeking special dispensation from the Sherman Act on the ground that their restraints of trade serve uniquely important social objectives beyond enhancing competition” (22). Nel caso di specie, concernente la contestazione in chiave di lesione della concorrenza (ritenuta fondata nel giudizio di merito) da parte di taluni atleti-studenti del limite massimo di remunerazione da parte delle Università, la National Collegiate Athletic Association ricorrente dinanzi alla Corte Suprema si appellava alle *social justifications* che avrebbero reso legittime le misure giudicate restrittive della concorrenza.

⁶⁶ *NCAA v Alston*, 594 U. S., 16.

⁶⁷ Cfr. la *concurring opinion* del Giudice Kavanaugh, 3.

⁶⁸ Cfr. M Carrier, *The Four-Step Rule of Reason*, in *Antitrust* 33, No. 2 (2019), 50, anche per i vari passaggi in cui dovrebbe snodarsi il giudizio.

Senza avere la pretesa di approfondire lo svolgimento di tale iter processuale e le deformazioni che al test di *rule of reason* sarebbero state apportate da talune decisioni della stessa Corte Suprema⁶⁹, resta confermato che lo schema in questione postula che anche laddove venga appurata la presenza di preponderanti posizioni di potere nel mercato, ciò non esclude la sussistenza di oggettive ragioni economiche che ne giustifichino la permanenza.

6. Sintesi del percorso giurisprudenziale ed ancora sul Report della Subcommittee on Antitrust: il ritorno della questione del big business?

Se è possibile sintetizzare, va osservato che il combattuto iter giurisprudenziale ha attraversato grosso modo le seguenti tappe: la più rigida applicazione della *rule of per se* in coerenza con la pregiudiziale politico-legislativa di carattere negativo nei confronti del *big business*; l'adozione della *rule of reason* in modo da conciliare la libertà d'impresa con la libertà di contratto (intesa anche alla creazione di conglomerati industriali); infine, l'assunzione del mercato e delle sue esigenze quale metro di misura depoliticizzato e tecnicamente fondato, per risolvere in via oggettiva il contrasto tra concorrenza e *big business*.

Alla luce di ciò, si può tornare con maggiore cognizione di causa al Report della Subcommittee Antitrust richiamato all'inizio di questo lavoro, sottolineando il parallelo proposto nello stesso Report tra la situazione attuale dei mercati digitali e quella che all'epoca aveva reso necessaria l'adozione dello Sherman Act: oggi come ieri, ad avviso di chi lo ha redatto, sarebbe indispensabile la difesa degli *small dealers*, dinanzi alle *dominant platforms* nei mercati digitali la cui posizione di incontrastabile prevalenza sarebbe stata raggiunta tramite l'acquisto e l'incorporazione dei "potential rivals and nascent competitors".

Di qui, come si diceva a suo tempo, la critica al canone della *rule of reason* in quanto "heavily in favor of defendants", e pertanto inidoneo ad assicurare un congruo *enforcement* delle misure pro-concorrenziali. Insomma, le Corti, in questa ottica fortemente critica, avrebbero sposato un approccio troppo permissivo, di *under-enforcement* delle norme antitrust, deviando dalle intenzioni dei "padri fondatori" dello Sherman Act e dalla loro antica consapevolezza che le posizioni di potere nell'ambito del mercato avrebbero rappresentato persino "a menace to republican institutions".⁷⁰

Di qui ancora le proposte avanzate dal Report di rafforzamento della normativa antitrust (ed in particolare del Clayton Act) al fine di vietare le acquisizioni da parte delle grandi imprese di nuovi potenziali *competitors* mediante la codificazione legislativa di una presunzione di illiceità delle acquisizioni delle startup operanti nello stesso mercato o in mercati collegati

⁶⁹ *Ibidem*, 52 e ss.

⁷⁰ Cfr. *Investigation of Competition in Digital Markets*, 2020, 76.

laddove effettuate dalle *dominant firms*. Altrettanto incalzanti suonano le proposte concernenti il reato di *monopolization* contemplato dalla sezione 2 dello Sherman Act: nel qual caso viene esplicitamente raccomandata l'inversione della impostazione giurisprudenziale inaugurata con il caso *Standard Oil*, atteso che a far data dalla citata decisione le Corti, mediante la *rule of reason*, avrebbero “shifted their interpretation of the antitrust law to focus primarily on the formation or entrenchment of market power”⁷¹: il che avrebbe avallato l'esistenza di monopoli *lawful*, mentre per contrastare le situazioni di dominanza nei mercati digitali sarebbe indispensabile qualificare la *monopolization* quale fatto illecito *per se*, senza che possa assumere alcuna rilevanza il dato delle pratiche adottate allo scopo né ogni ulteriore ponderazione sotto il profilo degli *economic outputs*.

Con particolare riferimento alla Sezione 2 dello Sherman Act (che, come detto, riguarda proprio il comportamento di *monopolize* e *attempt to monopolize*) la Commissione antitrust osserva che “courts have significantly heightened the legal standards that plaintiffs must overcome in order to prove monopolization”.⁷²

In conclusione, soltanto il ripristino della regola della *rule of per se illegality* sarebbe una soluzione efficace al fine di “reasserting the anti-monopoly goals of the antitrust laws”⁷³; e tanto più necessario viene ritenuto tale recupero considerando che il *monopoly power* delle *Big Tech companies* determina l'insorgere di gravi preoccupazioni anche relativamente alla tutela dei diritti individuali dei cittadini, primo tra tutti il diritto alla privacy ed alla protezione dei dati personali.⁷⁴

Si può osservare che, in relazione a tale recente fenomeno delle *Big Tech companies*, appare piuttosto parziale la colpevolizzazione del criterio della *rule of reason* così come elaborato dalla giurisprudenza della Corte Suprema fin qui considerata. In primo luogo, perché non è detto che tale canone porti necessariamente ad assecondare la sostenibilità per un assetto economico concorrenziale del fenomeno di consolidamento di posizioni tanto preponderanti nel mercato dei servizi digitali. Inoltre, come riconosciuto nel

⁷¹ *Ibidem*, 396.

⁷² *Ibidem*, 403 – 404.

⁷³ *Ibidem*, 392.

⁷⁴ In tal senso appare emblematica la vicenda che ha coinvolto Facebook a partire dall'avvio nel 2011 da parte della Federal Trade Commission di un'indagine per alcune sospette pratiche sleali ed ingannevoli (ricadenti sotto la sezione 5 del FTC Act) riguardanti l'utilizzo dei dati personali degli utenti, cui si può aggiungere la nota vicenda della cessione delle informazioni personali degli iscritti all'agenzia Cambridge Analytica, conclusasi con l'accordo siglato nel 2019 tra la stessa azienda e la FTC a margine di una ingente sanzione pecuniaria (Cfr. FTC, *FTC Imposes \$5 Billion Penalty and Sweeping New Privacy Restrictions on Facebook*, July 24th, 2019). Per un raffronto tra enforcement antitrust negli Stati Uniti e nell'UE in relazione a mercati digitali e big data cfr. M. D'Alberty, *Mercati digitali e big data* in Id. *Concorrenza e giustizia sociale*, in *Mercato Concorrenza Regole*, Fascicolo n. 2, 2020, 243 e ss. Più in generale sui mercati digitali nella prospettiva della tutela dei diritti fondamentali cfr. T.E. Frosini, *Liberté Egalité Internet*, Napoli, 2015; O. Pollicino, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet. A Road Towards Digital Constitutionalism?*, Oxford, 2021.

Report in oggetto, dovrebbe considerarsi l'incidenza che al riguardo possono giocare (ed aver giocato) gli indirizzi assunti dalle politiche governative più o meno propense a sollecitare un più adeguato *enforcement* delle normative antitrust in sede amministrativa.⁷⁵

A conferma di quest'ultima ipotesi, si può osservare che nello stesso Report viene evidenziato che la capacità delle norme antitrust di assicurare un'effettiva tutela della concorrenza dipende non solo dalla modulazione delle stesse in sede giudiziale, bensì anche dalla interpretazione da parte dei poteri pubblici del ruolo ad essi deferito in materia. Difatti, le critiche avanzate dalla Subcommittee vengono estese alle autorità governative ed alle *agencies* incaricate dell'*enforcement* pubblico della normativa antitrust ed in particolare alla Federal Trade Commission per aver adottato “a narrow view of their legal authorities and issuing guidelines that are highly permissive of market power and its abuse”. In tal senso, la Subcommittee osserva come “the antitrust agencies consistently failed to block monopolists from establishing or maintaining their dominance through anticompetitive conduct or acquisitions” dal momento che le stesse avrebbero “constrained their own authorities and advanced narrow readings of the law”. Queste critiche giungono sino a postulare che la medesima Federal Trade Commission, nel corso di quello che viene identificato dalla Subcommittee come un “multi-decade trend”, si sia mostrata nei confronti dei fenomeni di monopolizzazione “reluctant to use the expansive set of tools with which Congress provided it, neglecting to fulfill its broad legislative mandate”.⁷⁶

Non è possibile in tale sede estendere il tema a questi ulteriori aspetti, ma resta in ogni caso fermo che oggi, unitamente alle esigenze concorrenziali, si ripresentano in tutta la loro complessità le ragioni che erano alla base della questione della sostenibilità democratica del *big business*⁷⁷.

Questo ordine di preoccupazioni risuona anche nell'azione civile che il Department of Justice, come detto, ha incardinato presso la District Court della Columbia nei confronti di Google in particolare contestandole di aver messo in opera “anticompetitive and exclusionary practices” al fine di conservare una posizione monopolistica all'interno dei mercati dei “general search services, search advertising” e del “general search text advertising”.⁷⁸

Non è dato sapere quale conclusione avrà l'azione di cui sopra, per ora si possono avanzare soltanto due interrogativi. Il primo è se, su

⁷⁵ Per un'analisi delle modalità applicative dello Sherman Act dal punto di vista delle politiche economiche presidenzial-governative (ancorché sino alla Presidenza Wilson) cfr. W. Letwin, *Law and Economic Policy in America. The Evolution of the Sherman Antitrust Act*, Chicago, 1981. Più di recente, per un esame delle correlazioni tra gli orientamenti giurisprudenziali e le politiche economiche governative cfr. W.E. Kovacic, C. Shapiro, *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*, in *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 14, 1, American Economic Association, 2000.

⁷⁶ *Investigation of Competition in Digital Markets*, 401.

⁷⁷ In tal senso cfr. T. WU, *The Curse of Bigness. Antitrust In the New Gilded Age*, Columbia Global Reports, 2018.

⁷⁸ Cfr. il *Google Complaint Filed* del 20/10/2020, 2.

sollecitazione dello sviluppo dei mercati digitali, la questione più generale del *big business* non sia destinata a tornare improvvisamente sulla scena della costituzione economica e non soltanto degli USA⁷⁹. Il secondo interrogativo riguarda l'esigenza di un ripensamento del canone della *rule of reason* nell'attuale contesto economico globalizzato e ciò non solo da parte della giurisprudenza della Corte Suprema, ma anche delle *agencies* di settore⁸⁰: un ripensamento che tuttavia non dovrebbe comportare la perentoria rinuncia ad un criterio quale quello della *rule of reason* il quale, a parte le applicazioni talvolta meno convincenti, presenta comunque un tasso di duttilità che appare indispensabile per evitare visioni troppo unilaterali, e forse irrealizzabili, rispetto alla effettiva conformazione del modello economico.

Federico Nania

Dip.to di Scienze Politiche
Università LUISS Guido Carli
fnania@luiss.it

⁷⁹ Basti pensare, con riferimento al contesto dell'Unione Europea, alla proposta di Regolamento relativa al Digital Markets Act e finalizzata, tra l'altro, a porre una disciplina in grado di prevenire *ex ante* le pratiche commerciali idonee a causare effetti distorsivi sulla concorrenza; come si legge nella Proposta "Essa contrasta le pratiche sleali dei gatekeeper che non sono contemplate dalla disciplina della concorrenza dell'UE o che da essa non possono essere regolamentate in modo efficace. Le norme antitrust infatti riguardano la situazione di mercati specifici e quindi inevitabilmente intervengono in seguito al verificarsi di un comportamento restrittivo o abusivo e comportano procedure di indagine per stabilire l'infrazione che richiedono tempo. L'attuale proposta riduce al minimo gli effetti strutturali pregiudizievoli delle pratiche sleali ex ante, senza limitare la possibilità di intervenire ex post in virtù del diritto dell'UE e nazionale in materia di concorrenza" (cfr. *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale*, 2020/0374). D'altro canto, la Proposta di Regolamento concernente il Digital Services Act ben fornisce l'idea di quanto il tema del *Big business* in riferimento ai mercati digitali travalichi la questione della concorrenza per investire tematiche correlate alla tutela di diritti degli utenti con particolare riferimento alle "very large online platforms" per le quali la Proposta prevede una serie di specifici obblighi in materia di trasparenza e trattamento dei cd. big data.

⁸⁰ Sulla recente nomina da parte del Presidente Biden di Lina Khan alla presidenza della Federal Trade Commission e sulle conseguenze che ne potrebbero derivare in termini di contrasto ai fenomeni di monopolizzazione nei mercati digitali si può leggere l'articolo del 10 agosto 2021 sul Financial Times dal titolo *Washington vs Big Tech: Lina Khan's battle to transform US antitrust*.