

Here we go again

Antitrust e imprese innovative: il caso Intel-UE e l'importanza del controllo giurisdizionale

di Luca Mazzone e Alberto Mingardi

Key findings e conclusioni

- Le Autorità Antitrust dedicano una crescente attenzione ai mercati ad alta tecnologia.
- La decisione europea contro Intel (la più grande multa mai comminata da Bruxelles) conferma questa tendenza, nonché la propensione delle Autorità Antitrust di scrutinare le imprese innovative.
- La pratica degli “sconti predatori” è controversa, come centro di un castello accusatorio. Il modo in cui la Commissione europea ha argomentato le sue accuse è discutibile e non si fonda su solide basi economiche.
- L'unica evidenza certa è la costante diminuzione dei prezzi al consumatore – che è andata di pari passo al crescere della performance.
- È necessario chiedersi se sia opportuno che le Autorità Antitrust si concentrino su mercati in cui la regola sembra essere un continuo miglioramento delle condizioni per i consumatori.
- Quando gli aspetti economici di fondo sui quali si basa una causa contraddicono la natura della sentenza amministrativa, sulle questioni di fatto – per quanto complesse possano risultare – il tribunale di revisione non deve accettare acriticamente le dichiarazioni della Direzione Concorrenza.

Già in passato, la DG Concorrenza della Commissione europea ha legato il suo nome a decisioni molto dure, circa presunte violazioni delle buone norme di concorrenza da parte di grandi imprese statunitensi. La sanzione ai danni di Microsoft, comminata nel 2004 e destinata a restare per i successivi cinque anni la maggiore multa mai decretata dalla Commissione europea, avveniva proprio ai danni di un'impresa con sede a Seattle e quotata al Nasdaq.¹ La multa che la supera colpisce, nel 2009, un'altra società quotata al Nasdaq e con sede stavolta a Santa Clara, California: Intel.²

1 Sul tema, si veda Alberto Mingardi – Paolo Zanetto (a cura di), *Colpirne uno per educarne cento. Il caso Microsoft e il futuro della concorrenza in Europa*, Soveria Mannelli-Treviglio, Rubbettino-Facco, 2005. Per un aggiornamento, Alberto Mingardi – Paolo Zanetto, “Bruxelles contro Microsoft: ultimo atto?”, *IBL Focus* n. 59, 10 maggio 2007. <http://www.brunoleoni.it/nextpage.aspx?ID=5086&level1=2166&codice=683>.

2 L'elemento “nazionalistico”, che fa pensare alla politica della concorrenza come a un “travestimento” di decisioni di politica industriale, è stato sottolineato da più di un osservatore. Si veda per esempio l'articolo del Presidente della Consumer Electronics Association proprio sul caso Intel: Gary Shapiro, “EU Fine and New DoJ Antitrust Ambiguity Hurts America's Crown

Se l'aver messo alla sbarra la Microsoft di Bill Gates valse all'allora Commissario Mario Monti l'onore delle prime pagine, l'indagine e quindi la decisione di Neelie Kroes riguardo a Intel ha generato assai meno interesse mediatico. Ciò si spiega in parte perché Intel è meno visibile di quanto non sia e, soprattutto, di quanto non fosse allora Microsoft: impresa che, in quegli anni, era assurta a simbolo del nuovo e vibrante mondo della *new economy*. Tuttavia, l'inferiore clamore è spiegabile anche in virtù del fatto che ci siamo, col tempo, abituati a un forte intervento dell'Antitrust proprio sul terreno di gioco delle imprese tecnologiche. Il *trend* è consolidato e vanta persino ammiratori, come uno studioso di fama quale Irwin Stelzer.³ Quel che più conta, non vi è all'orizzonte una inversione di tendenza, dal momento che anche negli Usa la nuova Assistant Attorney General Christine Varney ha avuto premura, nella sua prima uscita pubblica, di dichiarare che sarà sua cura «dedicare attenzione a comprendere le peculiari questioni legate alla concorrenza poste da questi mercati», riferendosi ai «mercati ad alta tecnologia e basati su Internet».⁴

Insieme ad altre società *high-tech* Intel sembra essere pertanto nell'occhio del ciclone – e destinata a rimanervi. La prima azione contro il produttore di Santa Clara risale alla seconda metà degli anni Novanta: nel 1998, la Federal Trade Commission accusò Intel di aver cercato di «cementare il proprio potere di mercato» negando ad alcuni suoi consumatori l'accesso a informazioni di fondamentale importanza per lo sviluppo di un hardware basato sui suoi microprocessori, in seguito al rifiuto dell'azienda di condividere alcuni brevetti.⁵ La FTC si appellò ad una lettura affatto nuova della giurisprudenza in materia di responsabilità legale e l'indagine si concluse con un *consent decree* e con l'opinione di minoranza del Commissario FTC Orson Swindle, che rimaneva «non convinto che la condotta esaminata in questo caso minacciasse di danneggiare i consumatori».⁶ Più di recente, un *settlement* fra la FTC e Intel ha posto fine ad una nuova controversia antitrust, Oltreoceano.⁷

Il nuovo caso europeo che ha visto Intel condannata il 13 maggio 2009 si inserisce in una fattispecie decisamente diversa. Si contesta non il fatto di avere utilizzato «potere di mercato» per costringere consumatori rilevanti a condividere informazioni preziose per lo sviluppo di nuovi chip da parte di Intel – quanto piuttosto una «politica degli sconti» che avrebbe danneggiato i consumatori «tenendo fuori potenziali concorrenti dal mercato dei chip per computer per molti anni» (Neelie Kroes).⁸

Jewel Tech Companies”, *Huffington Post*, 15 maggio 2009, http://www.huffingtonpost.com/gary-shapiro/eu-intel-fine-and-new-doj_b_203895.html.

- 3 Irwin Stelzer, “Regulators Run to Catch Up with EU”, *The Financial Times*, 27 maggio 2009. Va notato come Stelzer sia un consulente del competitor di Intel, AMD, e non offra in realtà argomenti particolari a favore della sua posizione, salvo notare che: «Imponendo un'ammenda senza precedenti a Intel, il maggior produttore di chip al mondo, le autorità antitrust dell'Unione Europea hanno voluto far capire che non avrebbero tollerato il tentativo da parte di un'azienda dominante di schiacciare i concorrenti minacciando i clienti o aggiustando i prezzi».
- 4 Christine A. Varney, “Vigorous Antitrust Enforcement in this Challenging Era”, Remarks as Prepared for the Center for American Progress, 11 maggio 2009, p. 16.
- 5 “FTC: Intel Abuse its Monopoly Power in Violation of Federal Law”, 8 giugno 1998, <http://www.ftc.gov/opa/1998/06/intelc.shtm>.
- 6 La decisione del 6 agosto 1999 e tutte le informazioni sul caso sono reperibili all'indirizzo web: <http://www.ftc.gov/os/adjpro/d9288/>.
- 7 Cfr. Grant Gross, “US FTC Modifies Intel Antitrust Settlement Order”, IDG News, 2 novembre 2010, http://www.pcworld.com/article/209545/us_ftc_modifies_intel_antitrust_settlement_order.html.
- 8 “Antitrust: Commission imposes fine of €1.06 bn on Intel for abuse of dominant position; orders Intel to cease illegal practices”, European Commission Press Release IP/09/745, 13 May 2009: <http://europa>.

L'evidenza assemblata dalla Commissione europea a tale proposito è senz'altro imponente, ma foriera di contestazioni. In particolar modo, come vedremo, da più parti si è trovato discutibile il fare assegnamento su e-mail e altri strumenti di comunicazione interna alle aziende, rischiando di incorrere in fraintendimenti e contraddicendo i dati economici che indicano l'esistenza di un mercato decisamente dinamico.

Ad ogni modo, su un piano più generale, la tesi di questo *Paper* è che l'attenzione dell'Antitrust su di Intel sia stata sostanzialmente mal posta. Il mercato dei microprocessori sembra, guardato retrospettivamente, esemplare dal punto di vista dello sviluppo competitivo. Il fatto che si tratti di un mercato limitato a due *player* può destare perplessità, ma a uno sguardo più attento questo mercato pare essere stato caratterizzato da una intensa tensione competitiva fra i *suppliers*.

È ormai opinione comune che l'Antitrust debba «proteggere la concorrenza e non i concorrenti».⁹ Ma l'approccio tenuto nei confronti di Intel ha l'unico effetto tangibile di proteggere i concorrenti, senza che sia dimostrato che una certa condotta abbia effettivamente nuociuto ai consumatori.

Il microprocessore al centro della rivoluzione digitale

È quando, nell'agosto 1981, Ibm lancia il personal computer (2 milioni di pezzi venduti in un anno), che la tecnologia digitale fa ingresso nel mercato di massa. Da allora non è sostanzialmente passato anno senza che il numero di congegni a nostra disposizione non sia andato ampliandosi, e che non sia cresciuto il numero di operazioni che essi potevano compiere. La vita senza computer oggi ci appare un ricordo sbiadito – ma chi avrebbe mai detto, solo quindici anni fa, che Internet avrebbe finito per occupare un ruolo così centrale nelle nostre vite? Chi, mandando con trepidazione le prime e-mail con allegato un file di testo, avrebbe immaginato che sulla rete un giorno sarebbero corsi anche musica, immagini, film? E il microprocessore sta al cuore di tutte queste tecnologie.

Il cambiamento dei nostri bisogni è andato di pari passo con l'evoluzione delle possibilità tecnologiche. A tale proposito, Antonio Pilati ha recentemente identificato tre fasi nello sviluppo del mercato di massa delle tecnologie.¹⁰

La prima fase è quella che contrassegna gli anni Ottanta del secolo scorso e vede affacciarsi sui mercati di massa prima i personal computer e poi una serie di strumenti che, facendo perno sulla crescente potenza di calcolo dei chip, «perfezionano con migliore qualità e maggiore stoccaggio di dati (oltre a minori costi) funzioni già esistenti o generano funzioni nuove»: nel 1982 Philips e Sony lanciano il compact disc che in breve sostituisce il disco di vinile; nel 1984 è introdotto il CD ROM che combina in un nuovo formato testi, suoni e immagini, mentre Nintendo immette sul mercato il primo videogioco digitale. L'innovazione digitale in questa fase è ancora tutta “locale”.

Come ricorda Pilati,

il fattore trainante dell'espansione è la crescita esponenziale della potenza operativa che Gordon Moore, uno dei fondatori di Intel, sintetizza in forma

[eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/745](http://eu.rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/745).

⁹ Il riferimento è al lungo dibattito sul ruolo dell'Antitrust, nel quale anche la letteratura mainstream ha progressivamente preso atto di come l'Antitrust degli albori fosse orientato più alla protezione del “little man” che alla garanzia di buone regole di concorrenza. Per una panoramica sulle “unhelpful legislative history” dell'Antitrust, si veda Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise. Principles and Execution*, Boston, Harvard University Press, 2008, pp. 39-45.

¹⁰ Antonio Pilati, “Le sfide attuali della rivoluzione digitale”, *Italianieuropei*, n. 1, 2010.

di legge in un articolo del 1965: in un chip ogni anno si raddoppia la densità dei componenti e quindi la capacità di calcolo e di memoria. Questo nesso descrittivo è convalidato sia per il periodo 1959-1975 (nei termini stabiliti dall'articolo) sia per l'epoca successiva (ma con tempi di raddoppio allungati a 18 mesi fino al 2000 e a 24 mesi per gli anni seguenti). Alla fine degli anni 80 la capacità di calcolo e di memoria che si è accumulata eccede i limiti sociali – organizzazione delle imprese, assetto delle attività ad alta intensità cognitiva – che ne definiscono le condizioni di impiego e ormai ne comprimono il potenziale di efficacia.

La seconda fase è per Pilati contrassegnata dall'emersione delle nuove reti: da una parte, col GSM, l'ampliamento delle comunicazioni mobili, dall'altra l'elaborazione del protocollo http che abilita lo scambio di documenti da un computer all'altro, portando alla nascita del World Wide Web. La gestione, la ricerca e lo scambio di informazioni fra computer collegati in rete portano a un cambiamento radicale nella modalità di interazione fra le persone. La globalizzazione dei commerci trae nuova linfa da queste nuove capacità di interconnessione, l'innovazione finanziaria e il libero movimento dei capitali sono resi possibili proprio da esse. La "legge di Moore" («in un chip ogni anno si raddoppia la densità dei componenti e quindi la capacità di calcolo e di memoria») continua a condizionare lo sviluppo del settore e secondo Pilati ha un rapporto pressoché direttamente causale con l'apertura della terza fase, che stiamo oggi vivendo, in cui «tutte le reti aumentano la propria capacità (effetto della legge di Moore) e diventano multifunzionali». Caratteristico di questa fase è un radicale cambiamento di prospettiva, in cui tutto ciò che è "locale" a livello di raccolta e utilizzo dei dati tende a spostarsi e a diventare "remoto", parallelo a un rimescolarsi di linguaggi e di contenuti. La terza fase della rivoluzione digitale porta ad abbracciare, sostanzialmente, l'intero spettro dei contenuti informativi e di intrattenimento di nostro interesse.

Da questa ancorché sommaria ricostruzione è evidente che, come l'estensione e l'ampliamento dell'economia digitale è contrassegnata da fattori diversi (non solo domande degli attori economici ma anche attitudini e disponibilità dei diversi attori sociali: Internet è una "società" in qualche misura a sé stante), il ruolo dei microprocessori è centrale. L'aumento della potenza di calcolo sposta continuamente in avanti la frontiera del *tecnologicamente possibile*,¹¹ e se è vero che oggi si discute di se e come la legge di Moore possa ritenersi "sorpasata",¹² guardata "panoramicamente" la storia della rivoluzione digitale somiglia molto alla silhouette tracciata da Pilati: l'aumento continuo della potenza di calcolo è il filo rosso che congiunge le tre fasi dell'innovazione tecnologica che aumenta l'efficienza locale, dell'innovazione tecnologica che consente una progressiva interconnessione, del mutamento tecnologico delle reti. Le nuove domande che emergono a gran velocità seguono in qualche misura questo ciclo, ed è stupefacente come negli scorsi anni domanda ed offerta siano parse andare in sincrono, come nuove possibilità e nuovi bisogni abbiano marciato assieme.

Intel è, in questo quadro, l'impresa centrale: perché dai suoi prodotti, "nascosti" nel profondo di computer e server, si dipanano silenziosamente quelle innovazioni che hanno modificato, e tutt'ora stanno modificando, la nostra vita.

11 Riflettendo sulla sua "legge", lo stesso Gordon Moore notava che «in più di un'occasione ho pensato che avessimo ormai raggiunto il limite», salvo essere periodicamente smentito. Si veda "Excerpt from A Conversation with Gordon Moore: Moore's Law", Intel, 2005, p. 2.

12 Si veda per esempio Jeff Dorsch, "Does Moore Law Still Hold Up?", *EDAVision Magazine*, novembre 2001, http://www.edavision.com/vision.php?article=200111/toc.html&page_no=1.

Meno visibile di Microsoft (alla quale è da sempre associata perché è stata l'azione combinata delle due, la crescita della potenza di calcolo dell'una e l'innovazione di prodotto della seconda, a imporre il modello *Wintel* nei personal computer) e ancor meno visibile di Google (senz'altro l'impresa digitale che più in fretta è riuscita a cambiare il ventaglio delle nostre possibilità di utenti¹³), Intel è nondimeno stata silenziosamente al centro di questa rivoluzione. Giudicarne la condotta competitiva è un po' come emettere un giudizio su questi ultimi trent'anni di rivoluzione tecnologica.

La controversia fra Intel e AMD

La decisione della Commissione europea su Intel è stata resa pubblica il 13 maggio 2009, ma è stata pubblicata in forma non confidenziale solamente il 21 settembre 2009. Il considerevole lasso di tempo intercorso tra l'annuncio della sentenza e la sua pubblicazione, nel quale la stampa ha ricamato sulla "sanzione più alta mai comminata" dall'Unione europea (1,06 bn di euro, contro i 497 milioni che Mario Monti aveva preteso da Microsoft), lascia perplessi.¹⁴

Il sistema europeo di antitrust, che somma le funzioni di pubblico ministero, giudice e giuria, è proprio per tale motivo esposto al sospetto di autoreferenzialità. Ma questa lentezza nella diffusione delle informazioni pare persino, a uno sguardo malizioso, studiata e in qualche maniera orientata da motivi politici. Dando tempo alla pubblica opinione di metabolizzare il verdetto, gliene si trasferisce la motivazione *come un dettaglio*, quando ormai le associazioni di idee sono consolidate.

Advanced Micro Devices, l'avversario di Intel, apre la causa inviando una denuncia per violazione dell'articolo 82 del Trattato da parte di Intel il 18 ottobre 2000 – cui si aggiungeranno nuove accuse nel novembre del 2003. L'indagine della Commissione parte nel maggio 2004, e avviene attraverso ispezioni negli uffici di Intel nel Regno Unito, in Germania, in Italia ed in Spagna – oltre che presso alcuni dei suoi acquirenti negli stessi paesi.

Lo Statement of Objections (SO) della Commissione riguardo il comportamento di Intel nei confronti di alcuni Original Equipment Manufacturers, ovvero Dell, HP, Acer, NEC e IBM, è presentato il 26 luglio 2007. A essi si aggiunge Media-Saturn-Holding GmbH, dopo che il 17 luglio 2008 AMD presenta una denuncia al Bundeskartellamt, l'autorità della concorrenza tedesca, in merito appunto agli accordi esclusivi contratti da Intel con questo *retailer*.

Non è un dettaglio insignificante il fatto che AMD abbia due importanti impianti produttivi a Dresda, in Germania, che costituiscono il suo maggiore centro produttivo per i microprocessori, e danno lavoro all'incirca a 10.000 persone nell'ex Germania orientale (compreso l'indotto). Gli impianti di AMD hanno beneficiato di aiuti di Stato, regolarmente autorizzati dalla DG Concorrenza quale investimento a beneficio di un'area depresso.¹⁵

13 "The fastest growing company in history", per citare Jeff Jarvis, *What Would Google Do?*, New York, HarperCollins, 2009.

14 In realtà, a dispetto dei resoconti giornalisti, non si tratta della sanzione più alta mai comminata. Per una violazione dell'articolo 82 (abuso di posizione dominante sul mercato irlandese), Irish Sugar venne multata di 8,8 milioni di euro (allora ECU) nel 1997. Cfr. Commissione Europea, "Commission fines IRISH SUGAR for abuse of its dominant position on the Irish sugar market", IP/97/405, 14 maggio 1997. <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/closed/1997/en/ip97405.html>.

15 Si veda questo comunicato stampa del 18 luglio 2007, "State aid: Commission endorses €262 million aid to AMD for large investment project in Dresden, Germany", <http://europa.eu/rapid/pressReleaseAction.do?reference=IP/07/1109&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

La condotta di Intel rispetto a MSH è oggetto di un secondo Statement of Objections, datato 17 luglio 2008. Alcuni commentatori hanno supposto che la Commissione abbia emesso un secondo SO a causa della debolezza del precedente.

L'accoglimento delle tesi di AMD e la sanzione sono annunciate, come detto, il 13 maggio 2009.

È bene ricordare che, in questo non breve periodo di tempo che intercorre fra il 2000 e il 2009, l'Antitrust europeo è protagonista di diverse importanti decisioni (nel 2001 viene bloccato il *merger* fra Honeywell e GE,¹⁶ a marzo 2004 è annunciata la condanna di Microsoft, fra l'una e l'altra diverse decisioni prese su casi di fusione vengono ribaltate in appello), che insieme contribuiscono a disegnare un quadro di incertezza normativa. Cambiano due Commissari, a Mario Monti succede Neelie Kroes. Si apre, alla fine del 2007, la voragine della crisi finanziaria – con la sostanziale ritirata della Commissione dal presidio degli aiuti di Stato.

Le contestazioni di AMD recepite dalla Commissione riguardano proprio le Central Processing Units (CPU) dell'architettura X86 – protagoniste della strepitosa “cavalcata” della tecnologia informatica negli ultimi trent'anni. La DG Concorrenza ha cura di specificare che ritiene che il mercato rilevante sia esattamente questo, assimilando quindi prodotti molto diversi quali le CPU per desktop, quelle per laptop e quelle per server.

Il giudizio si rifà a una vasta giurisprudenza comunitaria, per cui un'impresa in posizione dominante che vincoli in esclusiva a sé i rivenditori o utilizzi un sistema di premi subordinato al raggiungimento di obiettivi di vendita con riferimento a un periodo relativamente lungo abusa della propria posizione dominante in quanto impedisce ai rivenditori di scegliere la più favorevole tra le offerte provenienti dai vari concorrenti e di cambiare fornitore senza subire un rilevante svantaggio economico. Il principio fatto proprio dalla Commissione è quello per cui le pratiche di un fornitore in posizione dominante miranti a ostacolare l'accesso dei concorrenti al mercato, vincolando a sé clienti o distributori, sono da ritenersi abusive.¹⁷ Va sottolineato, però, che è rilevante che la Commissione abbia fatto abbondante ricorso a prove sortite da indagini a tappeto presso le parti in causa, e in larga misura su e-mail. È una banalità dire che le e-mail sono frequentemente colloquiali e che possono essere fraintese fuori contesto. È evidente che questo è noto anche alla DG Concorrenza. Tuttavia, è altrettanto difficile sfuggire all'impressione che «la Commissione veda sovente troppe cose in questi documenti», come ha notato Damien Gerardin. «In fondo, lo scopo ultimo della concorrenza (e l'obiettivo dei responsabili del settore vendite di un'azienda) consiste proprio nel sottrarre clienti ai concorrenti. Non stupisce, quindi, che le e-mail e le presentazioni interne abbondino di “frasi piccanti”». ¹⁸ Inoltre, come nota sempre Gerardin, è curioso che alla disponibilità a fidarsi delle e-mail, la Commissione unisca un certo scetticismo rispetto alle testimonianze dirette, al punto da ignorare il contenuto di alcuni colloqui.

In particolare, risulta sospetta l'incapacità della Commissione di produrre un resoconto scritto di una intervista effettuata con un manager di Dell, nell'agosto 2006. Intel ha sottolineato come in quell'occasione la DG Concorrenza avesse ricevuto una testimo-

16 Si veda Riccardo Gotti Tedeschi, “Ge-Honeywell. Ieri pietra della discordia oggi la via verso la convergenza?”, *IBL Briefing Paper* n. 19, 15 maggio 2005. <http://www.brunoleoni.it/nextpage.aspx?ID=1545&lev el1=2166&codice=10>.

17 I riferimenti sono molti, ma quelli più rilevanti sono la Causa C 85/76 *Hoffmann-La Roche* e la Causa C 322/81 *Michelin*.

18 Si veda Damien Gerardin, “The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel Case: Where Is the Foreclosure and Consumer Harm?”, p. 13: www.intel.com/pressroom/legal/docs/Damian_paper.pfd.

nianza di tenore diverso rispetto all'“evidenza” dell'e-mail – ovvero favorevole all'impresa statunitense. Tuttavia, «quando Intel ha cercato di avere informazioni in merito a tale riunione, dapprima la Commissione ha negato che tale incontro avesse mai avuto luogo, e successivamente ha negato di avere l'obbligo di darne conto a Intel». ¹⁹

Questa denuncia ha trovato eco nella decisione dell'Ombudsman dell'Unione europea, Nikiforos Diamandourous, che il 14 luglio 2009 ha rilevato “*maladministration*” e un errore procedurale nel fatto che «la Commissione non ha annotato le minute dell'incontro tenuto con la Dell il 23 agosto 2006, nonostante il fatto che tale riunione interessasse direttamente il contenuto dell'inchiesta di Intel da parte della Commissione». ²⁰ Si tratta di un fatto circostanziato, al quale forse è eccessivo attribuire troppa importanza: ma che contribuisce a creare l'impressione che la Commissione non sia stata del tutto equa nei suoi giudizi. In effetti, il paragrafo 45 della decisione della Commissione, nel quale essa asserisce di non avere l'obbligo di registrare o rendere altrimenti disponibili eventuali prove a discolpa qualora la decisione stessa non si basi su di esse, è semplicemente scandalosa e in netto contrasto sia con il diritto comunitario, sia con il concetto stesso di equità procedurale.

Intel ha ricorso in appello, alla Corte di Prima Istanza, ²¹ chiedendo che queste imperfezioni procedurali vengano tenute nel debito conto, particolarmente in considerazione dei problemi sistemici creati dalla riunione in un solo soggetto delle figure di accusa, giudice e giuria.

L'impianto accusatorio della Commissione europea e gli sconti predatori

L'impianto accusatorio della Commissione contro Intel per abuso di posizione dominante (violazione articolo 82) si basa su quelli che potremmo definire “sconti predatori”. La Commissione sostiene che una serie di sconti nascosti sono stati accordati da Intel alle imprese di cui era fornitrice, per trarne a sua volta vantaggi scorretti: ovvero prevenire o rinviare il lancio di computer basati su chip prodotti dal suo concorrente AMD. ²² La contestazione è dunque ad “accordi” di cui non è presente un'evidenza diretta verificabile, come peraltro riconosciuto dalla stessa Commissione.

L'utilizzo di sconti di per sé appartiene al novero di pratiche sommamente competitive. Infatti, è difficile pensare a una manifestazione più evidente della *concorrenza sul prezzo* di quanto non sia lo sconto. Gli sconti sono una caratteristica piuttosto evidente anche dei mercati più semplici e rudimentali. Visitando delle bancarelle di paese che vendano prodotti assimilabili, il modo in cui i diversi mercanti cercheranno di guadagnarsi l'attenzione dei passanti e, quindi, dei potenziali consumatori, sarà appunto la promessa di “sconti” sulle merci che vendono. Lo sconto è, per così dire, consustanziale alla stessa modalità negoziale, attraverso la quale si perviene alla definizione di un *prezzo*.

¹⁹ “Why the European Commission Decision on Intel Is Wrong”, www.intel.com/pressroom/legal/docs/EC_response092109.pdf.

²⁰ “Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 1935/2008/FOR against the European Commission”, <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/en/4164/html.bo-olmark>.

²¹ *Official Journal of the European Union*, 12 settembre 2009, C 220/86.

²² Una questione di ordine più generale attiene il ruolo della libertà di contrattazione in un mercato. In che misura è possibile sostenere che ci troviamo ancora in condizioni di libera concorrenza, quando la libertà di stipulare accordi volontari fra imprese risulta oggetto di scrutinio ed eventualmente di sanzioni? Questo è un tema che non attraversa, purtroppo, la riflessione su molte decisioni Antitrust contemporanee.

Per citare un celeberrimo passo di Milton Friedman,

Il fatto che nella società esistano fini alternativi comporta che debba esservi un metodo per valutare tali fini e riconciliare le valutazioni divergenti effettuate dai singoli membri della società. In un'economia di scambio basata sulla libera impresa, questo compito viene sostanzialmente assolto per il tramite del voto: gli individui votano nel mercato con i propri dollari. Di fatto si tratta di un efficace sistema di rappresentanza proporzionale, che permette a ciascun gruppo nella società di esprimere i propri desideri nella misura desunta dai propri "voti" espressi in dollari. I voti dei membri di un'economia di scambio basata sulla libera impresa si manifestano per mezzo dei prezzi che, a loro volta, palesano le norme della società.²³

Queste "elezioni continue" implicano un altrettanto continuo processo di aggiustamento dei prezzi, e si esplicano precisamente nella *contrattazione* fra le parti, ciascuna delle quali cerca di spuntare le condizioni a sé più favorevoli. La pratica dello sconto sulle quantità da parte dei grossisti ai dettaglianti, oppure dei fornitori di componentistica ai realizzatori di prodotto finito, è ampiamente e per così dire "da sempre" diffusa, a ogni livello.

Ovviamente le argomentazioni della Commissione sono più complesse,²⁴ ma ciò non significa che dovrebbero essere esenti da una verifica in sede giudiziale. In particolare vengono citati i casi di alcune vendite al ribasso sottoposte a particolari condizioni: a Hewlett Packard, per esempio, fu apparentemente accordato uno sconto alla condizione che acquistasse il 95% delle sue CPU per computer da ufficio da Intel. Secondo le accuse, nel 2007 venne chiesto a Lenovo di fare tutti i suoi acquisti per laptop da Intel.²⁵ Altri esempi coinvolgono Dell, NEC, Media Saturn Holding e ACER (che dovette posporre il lancio di un notebook con CPU AMD di pochi mesi, dal settembre 2003 al gennaio 2004). Le pratiche predatorie messe in atto da Intel assumevano la forma di sconti ai clienti e di "*naked restrictions*".

Secondo la Commissione, questi accordi erano in buona misura o verbali (nel caso di Dell) oppure andavano a "completare" accordi scritti e dichiarati, nei quali però queste "clausole" non apparivano esplicitamente. In particolare, come già detto, si è fatto assegnamento su dichiarazioni unilaterali fatte in scambi informali all'interno delle diverse imprese oggetto dell'indagine.

Il genere di argomenti avanzati contro gli sconti dalla Commissione ricorda da vicino uno dei classici "cavalli di battaglia" delle Autorità Antitrust, l'ipotesi dei "prezzi predatorii", che per la prima volta era stata utilizzata come "capo d'accusa" contro la Standard Oil di John D. Rockefeller.

Si tratta di un'ipotesi molto discussa, e da tempo controversa. In un testo ormai classico, John McGee ha spiegato le quattro ragioni principali contro l'ipotesi che un'impresa possa escludere dal mercato i suoi concorrenti vendendo sottocosto. Primo, a causa della sua quota di mercato più alta, una grande impresa subirebbe perdite molto

²³ Milton Friedman, *Price Theory*, Chicago, Aldine, 1976 (1962), p. 9.

²⁴ Quanto segue è basato su Commissione europea, COMP/37-990 e MEMO/09/400.

²⁵ Curiosamente, anche nel memo che ha accompagnato la pubblicazione del testo non confidenziale della decisione, la Commissione cita a sostegno della sua ipotesi accusatoria una e-mail di un manager di Lenovo, il quale annunciava ai collaboratori che «la scorsa settimana Lenovo ha concluso un *vantaggioso* accordo con Intel. Di conseguenza, nel 2007 non introdurremo prodotti della AMD nella nostra gamma Notebook». Il corsivo è nostro. Come risulta evidente, ovviamente, questa e-mail indicherebbe che Lenovo ha effettivamente preso la decisione di non acquistare prodotti di AMD.

maggiori dal praticare prezzi sottocosto sui suoi volumi. Secondo, il *predatory pricing* avrebbe senso solo se l'impresa dominante riuscisse poi ad alzare vistosamente i prezzi, una volta "liberato" il mercato ma, se anche i concorrenti fallissero (centrando così l'obiettivo della strategia predatoria), questo non implica che i fattori della produzione che essi organizzavano "scompaiano" con loro dal mercato. Gli *assets* dell'industria fallita potrebbero dunque essere acquistati e riutilizzati da qualcun altro, con il risultato che i profitti del "predatore" saranno inferiori alle attese ed esso sarebbe costretto a dare nuovamente avvio a una strategia "predatoria". In terzo luogo, l'ipotesi presuppone che il "predatore" abbia grandi disponibilità finanziarie da cui attingere (si "può permettere" profitti negativi per un certo lasso di tempo) e che la "vittima" ne sia priva, ma questa è un'assunzione arbitraria. Se di per sé non è detto che il "predatore" vanti grandi disponibilità finanziarie, l'impresa "vittima" potrebbe ad esempio esporre la sua situazione ai creditori e trovare sostegno per tutta la durata della predazione. Quarto, se la condotta predatoria deve avere successo, essa deve comportare per l'*incumbent* costi inferiori a quelli delle possibili alternative (per esempio, non sarebbe più lineare puntare ad acquisire il *new comer*?).²⁶

È vero che sono emerse col tempo giustificazioni più raffinate della pratica del *predatory pricing*, la cui efficacia andrebbe valutata anche rispetto agli effetti reputazionali (praticando prezzi predatori, l'azienda mostra i muscoli e scoraggia nuovi entranti). Ma si cammina su un sentiero invero molto stretto.²⁷ Come ha riconosciuto in un suo illuminante lavoro il giudice Frank H. Easterbrook, «nel mercato delle teorie sul *predatory pricing* la concorrenza è fortissima».²⁸

Nonostante i numerosi tentativi di "superare" l'approccio della scuola di Chicago a questa e altre questioni legate alla politica della concorrenza, resta persuasiva una constatazione del giudice Bork: «un'azienda che volesse prendere in considerazione una campagna di *predatory pricing* scoprirebbe una serie di ostacoli tali da rendere estremamente sgradevole la prospettiva di una tale campagna».²⁹ Per Bork, «non appare sensato costruire norme in materia di un fenomeno che probabilmente non sussiste o che, in quei rari casi in cui dovesse verificarsi, sarebbe estremamente da distinguere in tribunale da un normale caso di concorrenza sui prezzi».³⁰ Quest'ultima considerazione è cruciale: una "guerra dei prezzi" è dopotutto esattamente quello che ci si aspetta da un mercato intensamente competitivo. Una "guerra degli sconti" è quella che si osserva, fisicamente, in mercati intensamente competitivi, in cui ognuno dei fornitori compete aggressivamente per conquistare l'attenzione e il portafoglio dei consumatori. Come si distingue la "predazione" da una competizione intensa e vivace? È giusto che un tribunale d'appello getti semplicemente la spugna e prenda per buone le dichiarazioni di un organo amministrativo che non richiede una chiara evidenza economica di predazione?

26 Si veda John S. McGee, "Predatory Price Cutting: the Standard Oil (NJ) Case", *Journal of Law and Economics*, 1, ottobre 1958, pp. 137-169. Per una trattazione più recente, si veda Thomas J. DiLorenzo, "The Myth of Predatory Pricing", *Cato Policy Analysis* 169, 1992.

27 Per comprendere la complessità di una prospettiva di questo tipo e le difficoltà dell'*enforcement*, si veda Oliver E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, The Free Press, 1985, pp. 365-384.

28 Frank H. Easterbrook. "Predatory Strategies and Counterstrategies", *University of Chicago Law Review*, 48, n. 2, p. 263.

29 Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, New York, Basic Books, 1993 (1978), p. 149.

30 Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox*, p. 154.

Il problema che si presenta quando si cerca di colpire la “predazione” [...] consiste nel fatto che è estremamente arduo distinguere eventuali strategie “predatorie” dalla normale concorrenza. La legislazione antitrust è pensata per massimizzare il benessere [dei consumatori] tutelando la concorrenza, non i singoli concorrenti. Pertanto, un’attività che indebolisca la situazione di un concorrente non è rilevante ai fini della legislazione antitrust, a meno che essa non riduca al contempo il benessere dei consumatori. In qualsiasi economia, con l’eccezione di un modello statico da manuale, prezzi e produzione si adattano continuamente al mutare di offerta, domanda e costi di produzione.³¹

Questo problema segnalato da Easterbrook nel suo presciente saggio (nel quale arriva a postulare la legalità *per se* della supposta pratica di *predatory pricing*) si ripropone esattamente negli stessi termini nel caso del giudizio europeo su Intel. Come ha scritto anche il più rilevante teorico antitrust del “post-Chicago”, Herbert Hovenkamp, «la vasta maggioranza delle pratiche di sconto è proconcorrenziale. Gli sconti sono l’antico modo nel quale i mercanti inducono i consumatori a comprare da essi e non da qualcun altro oppure ad acquistare di più di quanto altrimenti non farebbero. Nella più grande parte dei casi essi riflettono negoziazioni intense. Molti di essi sono spiegati da economie di scala e di scopo nella manifattura o nelle transazioni».³²

Per quanto le posizioni di Hovenkamp appaiano molto sfaccettate, e per nulla riconducibili a quelle di Easterbrook e di altri autori scettici sulla stessa definizione di “predazione”, proprio in quel suo contributo egli sottolinea come «nessuna pratica di sconto dovrebbe essere illegale per se».³³ La Commissione riconosce questo punto e ha cercato di abbandonare le norme più squisitamente formalistiche in materia di concorrenza.³⁴ In pratica, tuttavia, il progresso in tal senso è stato assai lento.

A tale proposito, vale la pena rileggere questo passo illuminante, nell’argomento di Hovenkamp:

Vi sono circostanze in cui uno sconto al di sotto del prezzo di costo praticato su di un solo articolo è anti-competitivo? È possibile. Si possono certamente immaginare situazioni nelle quali uno sconto aumenti a tal punto le vendite di un’azienda dominante da annullare le economie di scala dei suoi rivali, in quanto essi non potrebbero realizzare volumi produttivi sufficienti. Per quanto ciò possa essere effettivamente vero, un eventuale ricorso antitrust dovrebbe essere respinto per ragioni di principio e di applicazione pratica. In linea di principio, infatti, non vi è modo di delineare i limiti del ricorso. In qualsiasi settore produttivo soggetto a significative economie di scala nella produzione o nella distribuzione, un’azienda con un elevato volume di vendite può praticare un prezzo inferiore a quello di società che hanno un volume di vendite più ridotto. Ma nessuna impresa, neanche un monopolista, è il garante delle economie di scala di un’altra azienda. Imporre alla prima di mettere al riparo i prezzi dei suoi rivali, vendendo al di sopra del prezzo di costo al fine di tutelare le inefficienze causate dall’esigua produzione dei

³¹ Frank H. Easterbrook, “Predatory Strategies and Counterstrategies”, p. 266.

³² Herbert Hovenkamp, “Discounts and Exclusion”, *Utah Law Review*, n. 3, 2006, p. 843.

³³ Herbert Hovenkamp, “Discounts and Exclusion”, p. 844.

³⁴ Si veda “Communication from the Commission: guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying article 82 EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings” (Brussels: Commission of the European Communities, 2009).

concorrenti, rappresenterebbe un plateale esempio di tutela dei concorrenti a spese dei consumatori.³⁵

Nessuna impresa, neppure un monopolista, deve essere costretta a farsi garante delle economie di scala di un'altra impresa! L'argomento, pensato rispetto a una situazione nella quale gli sconti siano una pratica predatoria messa in atto da una grande azienda con grandi disponibilità finanziarie (*deep pocket*) ai danni di un *new comer* con pochi mezzi, non sembra cadere in un mercato particolare come quello delle CPU: in cui due contendenti si fronteggiano aspramente, per conquistare il favore di un numero non infinito di clienti/produttori di PC. Come ha suggerito Damien Gerardin, «esiste una concezione, tanto diffusa quanto erronea, secondo la quale grossi fornitori, come Intel, decidono unilateralmente gli sconti praticati ai propri clienti e le condizioni annesse a tali sconti. Ciò può forse verificarsi nel caso di un importante fornitore che invia i propri prodotti a un gran numero di piccoli distributori o clienti [...]. Ma chiaramente ciò non è vero quando, come nel nostro caso, entrano in gioco grossi clienti».³⁶

Appare quindi da considerare il fatto che gli sconti condizionali possono avvenire in situazioni molto diverse a seconda della struttura di mercato e del relativo potere contrattuale di ciascuna delle parti. In passato, sentenze come quella contro Michelin si distinguevano per riguardare gli abusi di un fornitore che aveva di fronte a sé una serie di attori con una capacità negoziale molto bassa, per cui gli sconti praticati limitavano di fatto la scelta tra le possibili controparti. In sede di appello il tribunale dovrebbe essere consapevole di tale distinzione e tenerla nel debito conto.

I clienti di Intel e AMD sono Original Equipment Manufacturers, come Sony, HP, Lenovo e Dell, che fatturano ciascuno decine di miliardi di dollari. Sono loro a decidere gli acquisti dai fornitori di chip sulla base di contrattazioni bilaterali in cui spesso avanzano richieste di sconti – ma puntano anche a ottenere il prodotto con la migliore *performance*. Le imprese su cui la Commissione ha condotto la sua indagine sono produttrici di PC con rilevante quota di mercato, marchi notissimi a livello internazionale, imprese “con le spalle larghe”. Immaginarli come agnellini finiti nella trappola del lupo Intel non è plausibile.³⁷ Il fatturato di Intel nel 2009 (\$ 35,1 miliardi) è largamente inferiore al fatturato di imprese quali HP (\$ 114,6 miliardi) o IBM (\$ 95,8 miliardi).

Infatti, negli stessi documenti presentati dalla Commissione è possibile trovare testimonianza del comportamento strategico dei *managers* di Lenovo, i quali rimarcavano l'importanza di tenere aperti i canali (e le forniture) sia di Intel che di AMD per esercitare una maggiore pressione competitiva: nel farlo facevano presente di non tenere in considerazione il fatto che i prezzi fossero già in discesa.

La questione sullo sfondo è dunque se sia logico considerare gli sconti condizionali come pratiche di per sé illegali, a prescindere dall'identità dei clienti. La distinzione fra regole “per sé” e “regole di ragione” segna tutta la storia dell'Antitrust – ma come abbiamo sinteticamente visto, l'idea di applicare una regola “per sé” agli sconti fa a pugni con alcune intuizioni fondamentali sulla natura di un libero mercato. In un recente *paper* che analizza l'ultimo *complaint* della Federal Trade Commission americana contro Intel, Joshua Wright ricorda a tale proposito come

³⁵ Herbert Hovenkamp, “Discounts and Exclusion”, p. 847. Corsivo nostro.

³⁶ Damien Gerardin, “The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel Case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm?”, p. 7, http://www.intel.com/pressroom/legal/docs/Damian_paper.pdf.

³⁷ In questo quadro, è più complessa la questione relativa a Mediamarkt, *retailer* di PC accusato di non aver mai venduto macchine che montassero processori AMD a causa di “contributi marketing” con Intel.

Secondo la Section 2 dello *Sherman Act*, la giurisprudenza della Corte Suprema in tema di monopolio – seguendo fedelmente il quadro concettuale errore-costo sviluppato a Chicago e Harvard, che anima il diritto in materia di monopolio in epoca moderna – impone che, per riscontrare la responsabilità di una condotta mirante all’esclusione dei concorrenti dal mercato, sia necessario dimostrare l’esistenza di un danno – reale o probabile – per i consumatori. Non basta limitarsi a congetturare i possibili danni futuri alla concorrenza o immaginare fantasiosi scenari alternativi nei quali i consumatori avrebbero potuto derivare benefici maggiori per sobbarcare i consumatori del rischio di un errore da parte dell’antitrust.³⁸

Va segnalato come anche nella Commissione è diffusa la consapevolezza che la condanna aprioristica della pratica degli sconti rischia di non distinguere tra pratiche anti-competitive e pratiche che non lo sono: per questa ragione, nel Documento Guida sull’Articolo 82³⁹ del Trattato della Comunità Europea si è affermata la necessità di ricorrere a un approccio che tenga maggiormente conto degli effetti concreti di ciascuna pratica sulla situazione del mercato.

Tuttavia, nel caso Intel la Commissione inizialmente ha dichiarato che non era necessario prendere in considerazione le ripercussioni economiche degli sconti praticati dalla stessa Intel, per poi procedere apparentemente tenendo conto proprio di tale fattore. Ancora una volta, questo fatto consolida l’impressione che la Commissione sia più interessata a inchiodare Intel che a porre in essere decisioni coerenti e lineari in tema di concorrenza. Mettendo così a rischio la sua stessa credibilità.

La guerra dei prezzi dei microprocessori

Come abbiamo già visto, è molto difficile distinguere fra pratiche “predatorie” e invece una concorrenza reale e intensa. Ci resta da valutare l’effetto della “predazione” nel mercato dei microprocessori.

A carico della Commissione dovrebbe andare l’onere di dimostrare la validità della sua valutazione degli effetti economici derivante dalla condotta sotto inchiesta e la verosimiglianza delle sue previsioni; quello che cercheremo di capire, quindi, è se si tratta di un esercizio affidabile. Concluderemo presto che fare previsioni in un contesto caratterizzato da un alto livello di competizione, da enormi investimenti in ricerca e sviluppo, e da relativamente alte possibilità di entrata dai mercati “vicini” (come quello delle schede grafiche) è un’impresa che si rivela solitamente fallimentare.

Il primo esempio di ciò si può trarre dalla metà degli anni Novanta. Dal 1994 al 1997 il mercato dei *chipset* mostra una concentrazione sempre crescente: nel 1994 i primi cinque *competitors* controllano il 66% delle vendite, nel 1995 l’80%, nel 1996 il 92% e nel 1997 il 99% – e nonostante ciò tre delle imprese leader perdono quote di mercato, a fronte dell’affermarsi di Intel che passa dal 42% al 69% in due anni. Non solo: nel 1996 Intel è l’unica a incrementare le vendite, e il secondo *competitor* (VLSI Tech) esce improvvisamente dal mercato.

Tutto ciò porta la stratificazione del mercato a ridursi drasticamente: se nel 1995 i concorrenti di Intel possono essere classificati su tre livelli, nel 1996 il terzo sparisce, con

³⁸ Joshua D. Wright, “An Antitrust Analysis of the Federal Trade Commission’s Complaint Against Intel”, ICLE Antitrust and Competition Policy White Paper, July 2010, pp. 2-3.

³⁹ Communication from the Commission: “Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying article 82 EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings”, Commission of the European Communities, Bruxelles, 2009.

la chiusura di molti piccoli produttori, nel secondo rimangono solo Opti e National/Pico Power (con, rispettivamente, il 5% e il 4% del mercato) e nel primo Sylicon Integrated Systems (8%) e VIA (6%); nel 1998 si parla già di soli quattro *competitors* rilevanti, con il mercato semplicemente strutturato secondo la logica “Intel e gli altri”.

Questo consolidamento è sorprendente, ed è dovuto alla capacità di Intel, sopra gli altri, di approfittare del passaggio tecnologico dai processori a 32-Bit a quelli a 64-Bit; con l'estinzione dei primi e l'esplosione di Intel nel mercato dei secondi si completa un processo che porta Intel a diventare l'attore dominante nel settore della microelettronica.

Eppure anche questo sentiero non è un vicolo chiuso: dopo una crisi nelle vendite nel 1998, nel 1999 Intel aumenta le vendite di 20 milioni di unità ma inizia una fase discendente, che porterà la sua quota di mercato dall'80% del 1998 al 73% del 1999, per poi fermarsi al 62% nel 2001. A spiegare questo declino, tra l'altro, è l'entrata sul mercato dei processori Athlon di AMD, superiori in prestazioni per qualche anno.

Infine, con l'acquisto di ATI Technologies, nel 2006, AMD consolida la propria posizione come principale concorrente di Intel: questa acquisizione testimonia appieno il convincimento da parte dell'azienda che non si dovesse risparmiare negli investimenti in innovazione, integrando potenza di calcolo ed elaborazione grafica. Un ennesimo cambiamento di scenario, compensato dall'introduzione degli ultimi Pentium di Intel, come illustrato dalla Figura 4 a pag. 17.

La lezione che va tratta, secondo noi, è che in nessuno dei passaggi decisivi di questa breve storia un decisore avrebbe avuto a disposizione abbastanza informazioni per prevederne le evoluzioni successive. Lo dimostrano, d'altra parte, i comportamenti degli stessi attori nel mercato, protagonisti di clamorosi errori, come la scelta di Sylicon Integrated Systems di non instaurare un rapporto privilegiato con nessuno Original Equipment Manufacturer, che la porterà praticamente fuori dal mercato.

Ecco perché nella maggior parte dei segmenti del mercato dei processori vi è un sostanziale duopolio, con una posizione dominante di Intel. Tale posizione è il risultato di un processo storico non lineare, come si vedrà più avanti; a ogni modo, l'attuale diffusione dei microprocessori X86 nel mercato dei PC desktop, laptop e server economici, è a tutti gli effetti l'affermazione di uno standard da parte dell'impresa leader, che per prima ha sviluppato e prodotto tale architettura.

L'elevata tendenza alla concentrazione in questo tipo di mercato non ha impedito il manifestarsi di una concorrenza agguerrita sia in termini di prezzi che di innovazione: è possibile avere un'idea della pressione competitiva anche solo da un semplice grafico di nostra elaborazione (Figura 1).⁴⁰

Nel grafico è rappresentato l'andamento dei prezzi, normalizzando a 1 il prezzo medio di vendita del processore P6 di Intel nel 1996. Non solo questi esibiscono una riduzione – spettacolare soprattutto se, banalmente, la si confronta con l'indice HICP (ossia l'indice dei prezzi al consumo armonizzato per i paesi Euro) – ma è possibile notare come anche il prezzo con cui viene proposto ogni nuovo processore decresca in modo significativo sia per Intel che per AMD.

Va certamente precisato, però, che l'istantanea scattata sulla struttura del mercato attuale non tiene conto dei numerosi concorrenti potenziali, che potrebbero emergere alla fine di un processo di convergenza in corso da vari anni, che presumibilmente

⁴⁰ Le linee riferite ai processori si basano sul prezzo medio di vendita nell'anno in considerazione per il prodotto; l'indice HICP è basato sui dati Eurostat.

Figura 1 - Andamento dei prezzi (anni 1996-2008)



Nota: Per comprendere meglio il contenuto del grafico, si consideri che con l'architettura P6 Intel ha commercializzato i primi Pentium Pro, mentre l'architettura EV-6 è riferibile all'Athlon Classic di AMD, la P4 di Intel al Pentium IV e HT-BUS agli Athlon 64 di AMD.

porterà alla fine della segmentazione tecnologica tra processori per desktop, laptop, *smartphones* e altri prodotti.

La concorrenza sui prezzi è forte, nonostante le vendite di processori X86 crescano in maniera esplosiva, per passare dalle 114.666.000 unità del 1998 alle 335.220.000 unità del 2008:⁴¹ un risultato dovuto sia alla penetrazione sempre maggiore nei mercati di riferimento (Europa, Nord America, Giappone), sia, soprattutto negli ultimi anni, all'apertura dei nuovi mercati. Il dato della Figura 2 alla pagina successiva è eloquente.

In anni in cui la vendita di processori è praticamente triplicata, Europa e Nord America hanno perso quote di mercato a favore del resto del mondo – principalmente i giganti asiatici.

La pressione competitiva, comunque, si manifesta soprattutto sul campo dell'innovazione tecnologica.

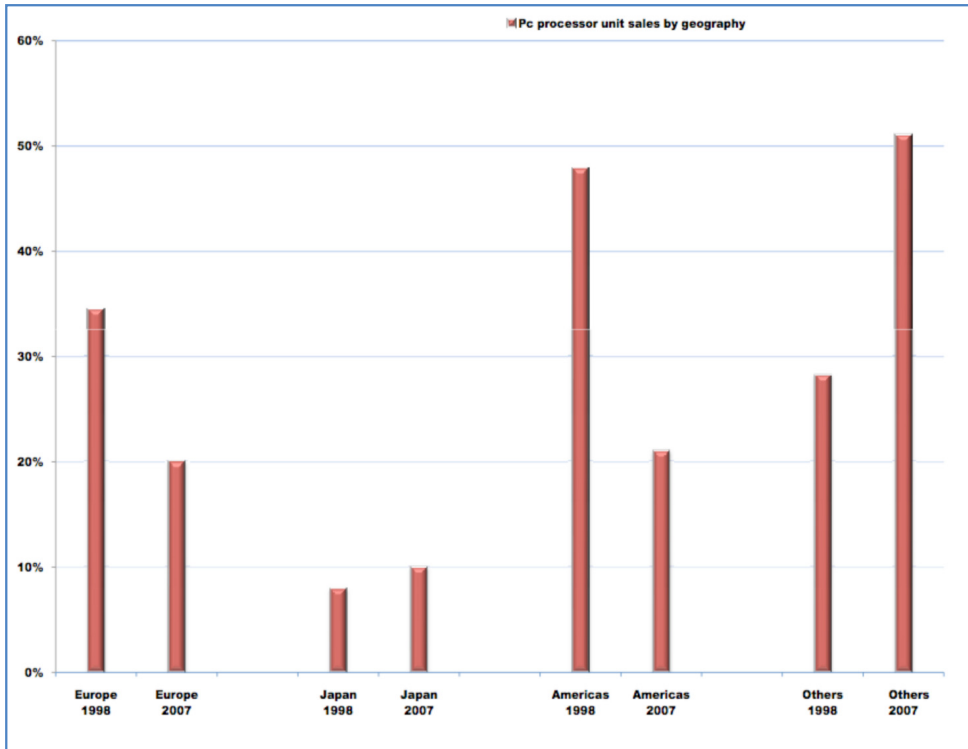
Si tratta di un settore industriale che nel solo 2007 ha speso 45,7 miliardi di dollari in attività di Ricerca e Sviluppo, e con buone ragioni: per citare una voce interna alla stessa Intel, l'ex Chairman del Board Craig Barrett:

Ogni anno qualche azienda del settore si chiede: perché affannarsi in una corsa alla rinfusa a migliorare [drasticamente] la nostra tecnologia ogni due anni? Rallentiamo a, per dire, tre-quattro anni per investire la metà di questi soldi.

Sembra sempre una bella idea, e finisce sempre con quell'azienda che perde quote di mercato.⁴²

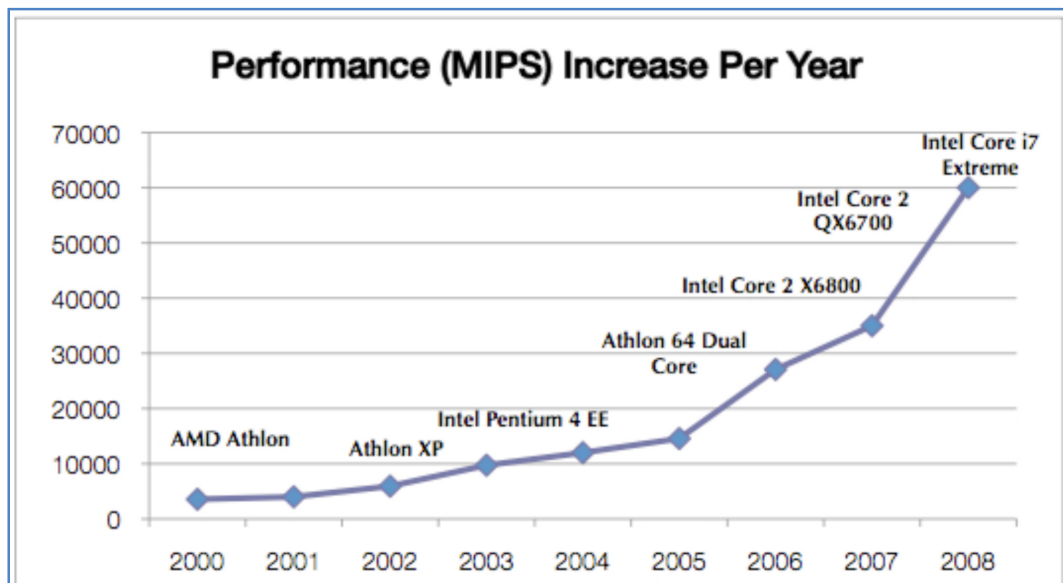
⁴¹ Mercury Research, *PC Processor Report*, 2008.

⁴² Michale Malon, "From Moore's Law to Barrett Rules", *The Wall Street Journal*, 16 maggio 2009.

Figura 2 - Processori venduti per area geografica (in percentuale)

Fonte: Grafico di nostra elaborazione su dati Mercury Research, PC Processor Report, 2008. Si noti che se nel 2007 la quota delle Americhe è effettivamente comprensiva dei dati dell'America Latina, nel 1998 questa parte è compresa nella quota del resto del mondo.

Si noti, nella Figura 3, come nello stesso periodo la gara delle prestazioni veda continui e ripetuti sorpassi da parte di uno dei *competitors* sull'altro e viceversa.

Figura 3 - Incremento di performance (MIPS) per anno (2000-2008)

Fonte: Exponential Innovation: Understanding the Computer Chip Market and the Symbiotic Relationship Between Processor and Software Innovation, Braden Cox & Nora von Ingersleben, 2009.

Il *trend* generale, che attraversa tra l'altro due momenti difficili come la bolla delle *dot.com* e la grande crisi finanziaria che ha avuto inizio nell'estate 2007, è insomma una ininterrotta discesa dei prezzi e una offerta crescente per quantità e prestazioni in tutti i mercati.

Questo quadro, insomma, non sembra coerente con un danno per i consumatori causato dal comportamento di Intel. È vero che la Commissione europea apparentemente tiene conto di questo dato di fatto, scrivendo nella decisione che:

*Il fatto che i prezzi vigenti in un mercato non si riducano non è di per sé incompatibile con l'esistenza di una posizione dominante [...]. Il primo punto da osservare è che il settore dei microprocessori è contraddistinto da un rapido progresso tecnologico [...]. Pertanto la riduzione dei prezzi è un tratto intrinseco di tale settore, in virtù delle sue caratteristiche tecniche e a prescindere dallo stato della concorrenza del mercato.*⁴³

Ci permettiamo di non esser persuasi da questa linea di ragionamento. Quello che la Commissione sembra dire è che anche se le dinamiche di un mercato sembrano "sane" in un senso coerente con gli stessi principi fondativi dell'Antitrust, ovvero se i prezzi sono costantemente declinanti (e per giunta l'innovazione è costantemente in crescita!), è possibile che questo mercato abbia bisogno di un intervento correttivo, in quanto potrebbe essere ancora più competitivo. Sarebbe pertanto il dato tecnologico a spiegare le dinamiche dei prezzi, e non l'effetto della concorrenza. Così, il mazziere fa sempre scopa.

In sede di appello, quindi, il tribunale dovrebbe considerare il fatto che l'infondatezza della tesi della Commissione rappresenti il fattore decisivo, a prescindere dalla possibilità che le pratiche di Intel siano effettivamente volte a escludere AMD. In primo luogo perché, facendo a meno di dover dimostrare il danno verso i consumatori, si trasforma di fatto l'Antitrust in un braccio della giustizia civile che risolve le controversie tra imprese – senza necessità di un richiamo a un interesse generale. Non si tratta soltanto di un approccio criticabile, da un punto di vista di mercato, perché disegna la realtà sulla base di un modello imposto ad aziende di successo, invece di limitarsi alla tutela della libertà contrattuale in un regime di *asset* legittimamente acquisiti. Si solleva una questione in nome e per conto di altri che non le reali "vittime", cioè gli azionisti delle imprese che avrebbero acquistato i processori di Intel a causa della pressione esercitata sui manager, ed eventualmente il concorrente AMD.

La questione degli sconti, inoltre, assume una sorta di corrispondenza tra la politica dei prezzi e la dinamica delle quote del mercato dei processori di tipo X86, che rappresentano al momento la frontiera tecnologica del settore. Abbiamo però osservato prezzi generalmente in costante discesa, mentre le quote di mercato sono state molto variabili nel tempo. Nella Figura 4 alla pagina che segue si può apprezzare come il movimento delle quote di mercato sia decisamente condizionato, invece, dall'uscita del processore che riesca a posizionarsi sulla frontiera tecnologica.⁴⁴

Due autorevoli osservatori, John Lopatka e William Page, rispetto alla prima controversia di Intel con la FTC americana notavano come l'autorità americana non avesse presentato alcun caso di imprese che avessero trovato ostacoli effettivi alla loro ricerca dell'innovazione. Viceversa, l'inchiesta della FCC si fondava sull'assunto teorico se-

⁴³ Decision, par. 908. Corsivo nostro.

⁴⁴ Si può avere l'impressione che le quote di AMD non riescano a superare una certa soglia; la cosa più importante è in verità la crescita relativa delle quote stesse, e il vero "limite superiore" altro non è che il vincolo di capacità.

Figura 4 - Processori e quote di mercato (anni 1999-2008)

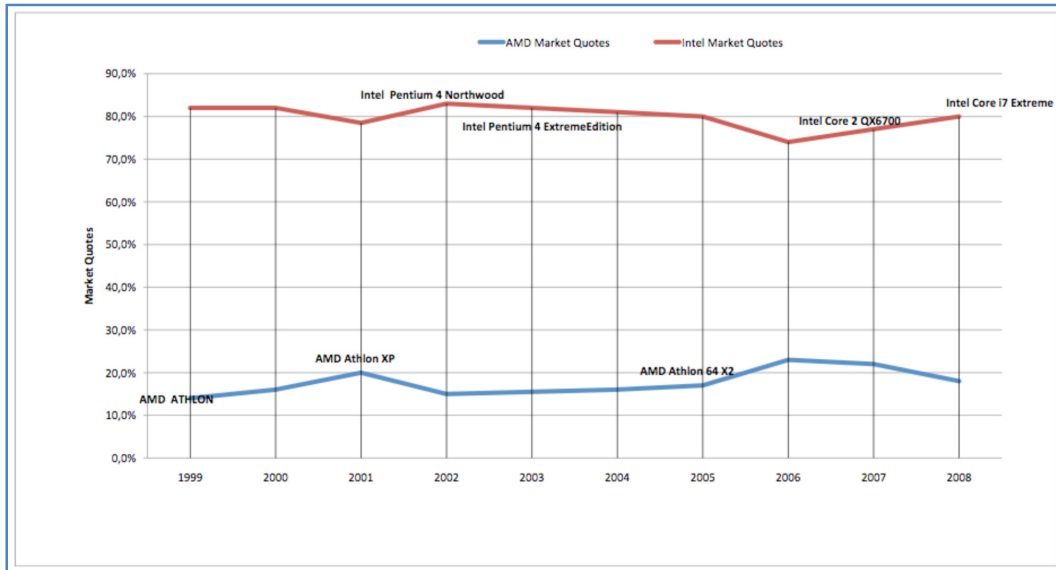
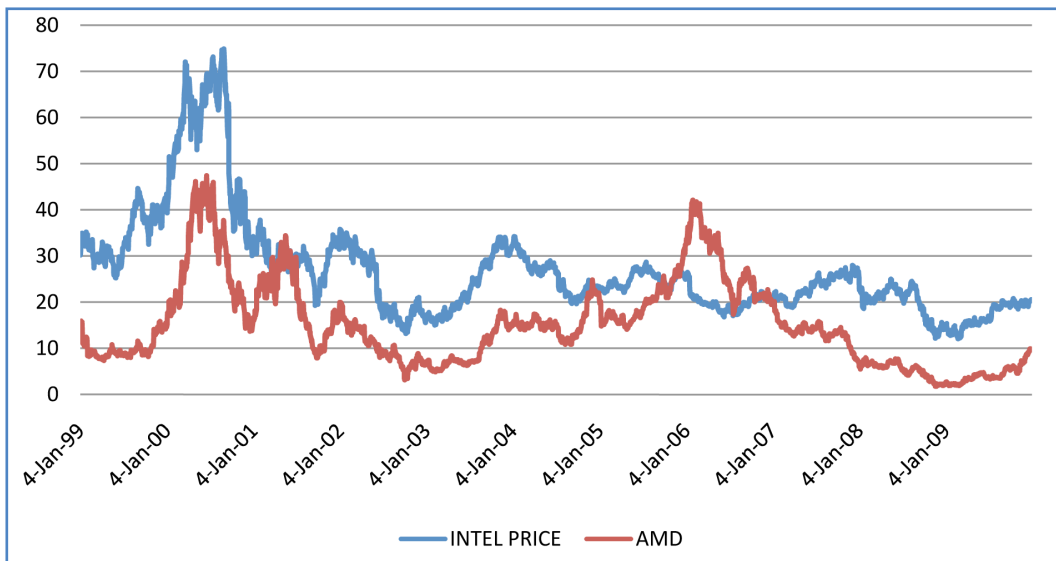


Figura 5 - Prezzi delle azioni di Intel e AMD (gennaio 1999-gennaio 2010)



Fonte: Joshua D. Wright, "An Antitrust Analysis of the Federal Trade Commission's Complaint Against Intel", p. 11

condo il quale la condotta di Intel avrebbe per forza dovuto produrre alla fine un tale effetto.⁴⁵ Guardando l'andamento delle quote di mercato, si direbbe che la stessa conclusione non stonerebbe, applicata alla decisione europea.

Bisogna però non dare niente per scontato, e in questo caso sarebbe inopportuno accettare acriticamente l'ipotesi che la situazione finanziaria di AMD sia peggiorata per effetto delle politiche di prezzo di Intel; si è già detto di un controfattuale importante, relativo alle decisioni d'investimento di AMD in Germania. Come mostra si vede nella Figura 5, tratto da Wright, AMD mostra una vitalità inaspettata per un'impresa vittima di abusi di posizione dominante da un decennio.

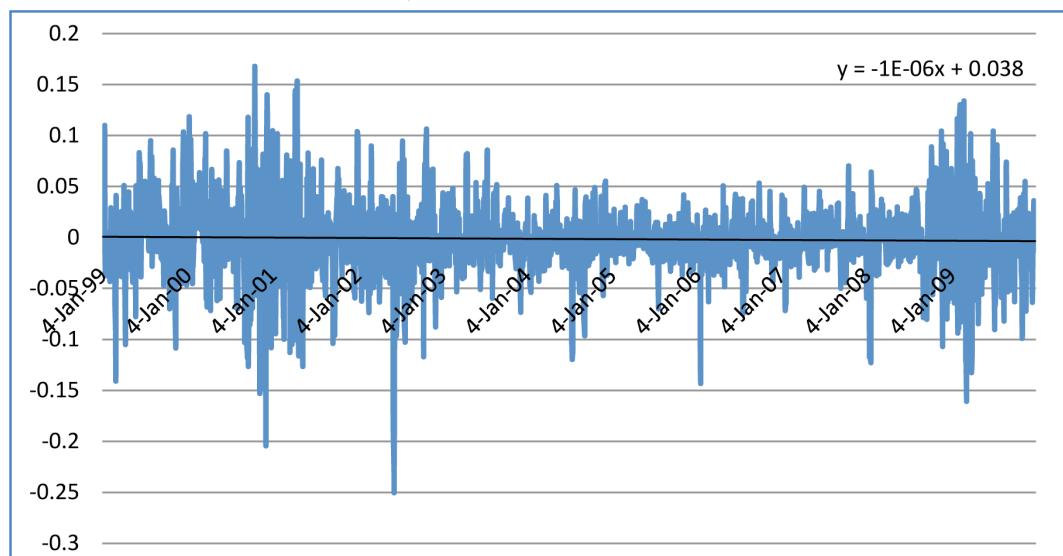
Nel grafico sono rappresentati i prezzi delle azioni dei due concorrenti nel periodo tra il 1999 e il 2009: si noti la prestazione positiva di AMD tra il 2001 e il 2006, periodo nel

⁴⁵ John E. Lopatka – William H. Page, "Monopolization, Innovation and Consumer Welfare", *The George Washington Law Review*, 69, n. 3, marzo 2001, p. 416.

quale Intel avrebbe posto in essere molte delle condotte anticompetitive attribuitele dalla Commissione. Il declino del valore delle azioni di AMD inizia invece dal 2006 in poi, in coincidenza con problemi tecnici relativi ad alcuni processori ATI messi sul mercato in quegli anni. Anni nei quali, peraltro, AMD aveva appena aggiunto Toshiba al suo portafoglio clienti.

Un osservatore pignolo potrebbe obiettare che le rendite da monopolio ottenute grazie ai comportamenti abusivi di Intel non sono necessariamente osservabili a partire dal valore delle azioni. La Figura 6, proveniente ancora da Wright, tiene in considerazione questa ipotesi e rappresenta sull'asse verticale la variazione nei rendimenti nel perio-

Figura 6 - Rendimenti "anormali" complessivi di Intel (gennaio 1999-gennaio 2010)



Fonte: Joshua D. Wright, "An Antitrust Analysis of the Federal Trade Commission's Complaint Against Intel", p. 13

do sopra considerato. La somma dei rendimenti "anormali" dovrebbe essere positiva e crescente negli anni delle condotte anticompetitive, come risultato del godimento di rendite da monopolio dovute alla diminuzione della concorrenzialità del mercato in esame. Il grafico mostra, molto semplicemente, che l'ipotesi di partenza non regge: e per di più, regge ancora meno se si limita l'osservazione al periodo di maggiori difficoltà di AMD, ossia gli anni successivi al 2006.

È importante, come rileva Wright, distinguere due affermazioni che possono essere fatte relativamente alla connessione tra la condotta di Intel e la prestazione di AMD: la prima è che, attraverso gli sconti, Intel abbia guadagnato clienti e aumentato il welfare dei consumatori. La seconda è che gli sconti-fedeltà di Intel possano aver precluso l'accesso al mercato per AMD, impedendole di raggiungere la *minimum operating scale*. Solo l'ultima di queste due affermazioni è di qualche rilevanza in ambito antitrust. I dati mostrati finora, illustrati nei numerosi grafici presentati, non supportano nemmeno debolmente la seconda ipotesi.

Conclusioni

Quando Karl Popper denunciava la *Miseria dello storicismo*,⁴⁶ lo faceva basandosi su due semplici assunti. Da una parte, l'emersione di nuova conoscenza influisce sulla vita delle persone e sul corso delle azioni umane, cambiandone i punti di riferimento.

⁴⁶ Karl R. Popper, *Miseria dello storicismo*, Milano, Feltrinelli, 1984 (1954).

Dall'altra, non possiamo prevedere quando questa nuova conoscenza viene ad emergere. Pertanto, ogni tentativo di predire il futuro viene puntualmente frustrato.

L'avvento dei microprocessori non rende meno valida la constatazione di Popper.

Nessuno, vent'anni fa, avrebbe potuto prevedere lo sviluppo innescato dalla commercializzazione del PC. E nonostante la "legge di Moore", nessuno avrebbe potuto immaginare quali sarebbero stati gli effetti economici e sociali dell'aumento della capacità di calcolo: come essa ha influito sull'offerta, come ha modificato la nostra domanda, come ha inciso sulla nostra vita. E, di conseguenza, il modo in cui un'impresa come Intel ha potuto assumere una posizione di assoluta centralità, in questo crescente mercato.

Se è impossibile predire il futuro, provare a riscrivere il passato può essere un esercizio utile? Evidentemente no.

Come la storia non può essere fatta con i se e con i ma, la storia del mercato dei microprocessori è una trama di innovazioni tecnologiche e pratiche commerciali che hanno condotto a uno straordinario sviluppo dell'economia digitale negli ultimi vent'anni.

Se nel mercato dei microprocessori abbiamo avuto una costante diminuzione dei prezzi ed una crescente innovazione di prodotto, con grandi benefici per le imprese acquirenti e quindi per i consumatori finali, non sembra esagerato sostenere che si constata una totale assenza di una corrispondenza fattuale tra la condanna e il fine che dovrebbe avere la "tutela della concorrenza". Quel che è più grave, ciò lascia spazio per ipotizzare che la decisione della Commissione muova da argomenti totalmente indipendenti da valutazioni di mercato. Non possiamo che sperare che in sede di appello la Corte di Prima Istanza valuti adeguatamente tali dinamiche e abbia il coraggio di esaminare concretamente i motivi che sottendono la decisione della Commissione a carico di Intel. In caso contrario, c'è da temere che le società operanti in Europa debbano affrontare una grave situazione di incertezza, a tutto danno dell'innovazione nel Vecchio Continente.

CHI SIAMO

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

COSA VOGLIAMO

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.