

**SERIE: Itinerari di diritto e relazioni del lavoro**

# **Una nuova agenda statunitense di contrasto al monopsonio nei mercati del lavoro**

A cura di: Lorenzo G. Luisetto, Luca Nogler

Con contributi di:

Herbert Hovenkamp, Suresh Naidu, Eric A. Posner, Glen Weyl

Fondazione Giacomo Brodolini  
00185 Roma - Via Goito, 39  
tel. 0644249625  
fax 0644249565  
info@fondazionebrodolini.it  
www.fondazionebrodolini.it

Roma, Novembre 2022  
Stampato in Italia

ISBN 9788895380551

Tutti i diritti riservati



**REGIONE  
LAZIO**

*Questa pubblicazione è stata realizzata con il contributo della Regione Lazio, Direzione Cultura e Lazio Creativo, Area Servizi Culturali e Promozione della Lettura, L.R. n. 24/2019, Piano 2022.*

# **Quaderni della Fondazione Giacomo Brodolini**

## **SERIE: ITINERARI DI DIRITTO E RELAZIONI DI LAVORO**

*Itinerari di diritto e relazioni di lavoro* è una collana interdisciplinare sulle "relazioni di lavoro" intese nel senso più vasto che si suole attribuire a questo sintagma. Grazie allo sviluppo tecnologico, la relazionalità incentrata sul lavoro può assumere nel tempo presente una complessità, e quindi, molteplicità, sconosciuta nel recente passato e questa collana intende offrire al lettore strumenti di aggiornamento ed integrazione che sebbene agili nella forma siano fondati su impostazioni rigorose e attendibili. Nel cercare di soddisfare queste esigenze gli Itinerari intendono distaccarsi da collane consimili per alcune caratteristiche: 1. Alternerà studi empirici a volumi di riflessione generale. 2. Attraverso la varietà delle discipline cercherà di proporre una lettura del lavoro a trecentosessanta gradi superando quella tradizionale separatezza tra i saperi che talvolta costituisce un limite per la conoscenza e regolazione dei fenomeni. 3. Non sarà una collana solo scientifico-accademica poiché la ricerca universitaria rappresenta una ma non l'unica delle possibili sedi di elaborazione dei volumi. 4. Ospiterà anche prodotti non consueti per l'editoria accademica classica, consentendo una maggiore diversificazione dei generi editoriali. I contributi pubblicati sono sottoposti a referaggio anonimo "double blind" e vengono seguiti in ogni loro fase dai curatori e dai membri del comitato editoriale.

**A cura di:** Luisa Corazza (Università del Molise), Luca Nogler (Università di Trento), Orsola Razzolini (Università di Milano)

### **Comitato editoriale:**

**Maria Paola Aimò**  
Università di Torino

**Filippo Barbera**  
Università di Torino

**Alessandro Bellavista**  
Università di Palermo

**Olivia Bonardi**  
Università di Milano

**Vania Brino**  
Università di Venezia

**Piera Campanella**  
Università di Urbino

**Maria Teresa Carinci**  
Università di Milano

**Chiara Cristofolini**  
Università di Trento

**Maurizio Del Conte**  
Università Bocconi

**Luca di Salvatore**  
Università del Molise

**Madia D'Onghia**  
Università di Foggia

**Elena Gramano**  
Università Bocconi

**Federico Martelloni**  
Università di Bologna

**Marco Novella**  
Università di Genova

**Valeria Nuzzo**  
Università degli Studi della  
Campania Luigi Vanvitelli

**Massimo Pallini**  
Università degli Studi di Milano

**Riccardo Salomone**  
Università di Trento

**Wilfredo Sanguineti**  
Universidad de Salamanca

**Achim Seifert**  
Friedrich-Schiller-Universität Jena

**Serena Sorrentino**  
FP Cgil nazionale

**Anna Soru**  
ACTA

**Luca Visentini**  
Segretario generale European Trade  
Unions Confederations (ETUC)

# ***Una nuova agenda statunitense di contrasto al monopsonio nei mercati del lavoro***

*A cura di: Lorenzo G. Luisetto, Luca Nogler*

*Con contributi di:  
Herbert Hovenkamp, Suresh Naidu,  
Eric A. Posner, Glen Weyl*

# Sommario

**Introduzione. Un nuovo cantiere statunitense: concorrenza, monopsonio e rimedi antitrust nei mercati del lavoro**.....1

di Lorenzo G. Luisetto

**Potere datoriale nel mercato del lavoro e rimedi antitrust** .....12

di Suresh Naidu, Eric A. Posner & Glen Weyl

**Executive Order on Promoting Competition in the American Economy (9.7.2021)**.....76

**L'ordine esecutivo del Presidente Biden sulla promozione della concorrenza: un'analisi antitrust**.....98

di Herbert Hovenkamp

**Il caso Amazon Flex e l'intervento della FTC**.....125

**Il coordinamento tra autorità antitrust e del lavoro**.....150

**Postfazione. Un Quaderno utile per l'auto-analisi del giuslavorista**.....155

di Luca Nogler

**Riferimenti bibliografici** .....173

# **Introduzione. Un nuovo cantiere statunitense: concorrenza, monopsonio e rimedi antitrust nei mercati del lavoro**

di Lorenzo G. Luisetto<sup>1</sup>

**1.** INTRODUZIONE. **2.** LE RAGIONI DI UN CAMBIO DI PROSPETTIVA. **3.** LA CHIAMATA IN CAUSA DELL'ANTITRUST CONTRO IL POTERE DATORIALE NEI MERCATI DEL LAVORO. **3.1.** Il dibattito attuale sugli obiettivi dell'antitrust. **3.2.** Antitrust e mercati del lavoro: le ragioni **3.3.** L'abuso di potere ai fini antitrust. **4.** STRUTTURA DEL QUADERNO.

**1.** L'*Executive Order on Promoting Competition in the American Economy* del Presidente Biden del 9 luglio 2021 (d'ora in avanti, *EO*) mette nero su bianco un approccio "*whole of government*" diretto a promuovere la concorrenza in molteplici settori e mercati dell'economia statunitense. Con questo *Quaderno* s'intendono mettere a disposizione del lettore italiano alcuni materiali sui molteplici richiami al lavoro, sia nel senso dei mercati, che degli individui, contenuti in questa novità normativa statunitense. Fin dalla prima sezione si legge, a tal proposito, che è priorità del governo "far rispettare la legislazione antitrust in modo da combattere l'eccessiva *concentrazione* industriale, gli *abusi* del potere di mercato, e gli effetti dannosi del monopolio e del *monopsonio* – specialmente nella misura in cui questi problemi emergono nei *mercati del lavoro*, agricoli, delle piattaforme digitali, sanitari (inclusi assicurativi, ospedalieri, e medicinali), delle riparazioni, e nei mercati statunitensi maggiormente esposti alle attività di cartello straniero" [traduzione e corsivo miei].

Ora, il problema della concorrenzialità dei mercati del lavoro non è nuovo. Tradizionalmente si è posto – negli Stati Uniti, così come in Europa – nei termini del conflitto tra legislazioni antitrust e contrattazione collettiva, con l'assimilazione del sindacalismo al monopolio dell'offerta di lavoro<sup>2</sup>. Dal punto di vista strettamente economico, le unioni collettive di lavoratori costituiscono, infatti, un cartello dal lato dell'offerta dei servizi lavorativi che, mediante un accordo orizzontale di fissazione (non solo) dei salari, restringono la concorrenza nel mercato del lavoro. Per superare questa ten-

---

<sup>1</sup> Lorenzo Giovanni Luisetto è *Michigan International and Comparative Law Scholar presso la University of Michigan Law School, 625 S State St, Ann Arbor, MI 48109. E-mail: lorluis@umich.edu*

<sup>2</sup> *Richberg, 1957. Friedman, 1962. Cfr.: Freeman, Medoff, 1979.*

sione sono state adottate soluzioni di diverso tipo. Negli Stati Uniti il *Clayton Act* del 1914, cristallizzando il principio "il lavoro non è una merce", sancì, come ampiamente noto anche nel nostro Paese<sup>3</sup>, l'immunità antitrust dell'azione dei sindacati – i quali altrimenti, anche in ragione dell'interpretazione delle Corti<sup>4</sup>, avrebbero continuato ad essere assoggettati alla legislazione antimonopolistica, emanata a livello federale a partire dallo *Sherman Act* del 1890.

Ora, già la semplice lettura del citato *EO* – ma l'impressione è poi destinata a rafforzarsi con la più completa considerazione degli altri materiali inseriti nel *Quaderno* – rende evidente come il menzionato problema della concorrenzialità dei mercati del lavoro venga declinato nel nuovo ambito qui considerato in termini decisamente differenti. Non è anzi esagerato parlare di un vero capovolgimento della prospettiva analitica: il problema non si pone dal lato dell'offerta, bensì della domanda di lavoro, e sono perciò sottoposte al vaglio antitrust le condotte anticoncorrenziali delle imprese. Ne consegue che – ed è una prima ricaduta di estremo rilievo – l'antitrust non viene inteso come un ostacolo all'unione dei lavoratori in coalizioni, bensì come un potenziale apparato rimediale di tutela; in tale ottica, il titolo del saggio di Naidu, Posner e Weyl (il primo dei materiali di questo *Quaderno*), "*Antitrust Remedies for Labor Market Power*", è esemplificativo, dal momento che si parla di rimedi antitrust contro il potere datoriale nei mercati del lavoro.

Ciò premesso in questa introduzione, mi riprometto di fornire alcune chiavi di lettura funzionali ad un inquadramento dei contenuti del *Quaderno* nella cornice istituzionale statunitense. In particolare, mi soffermerò su due profili riconducibili ad altrettanti interrogativi: in primo luogo, le ragioni che suggeriscono di analizzare il problema della concorrenzialità dei mercati del lavoro, spostando il focus dal lato dell'offerta a quello della domanda (di lavoro); in secondo luogo, cercherò di spiegare perché vengono chiamati in causa i rimedi antitrust e in che termini ciò avvenga.

**2.** Così come il problema della concorrenzialità dei mercati del lavoro non è nuovo, similmente si è argomentato che impresa e lavoratore si trovano in posizioni differenti. A questo presupposto di fatto viene, da un lato (quello economico) ricondotta la matrice di un potere, talvolta definito di mercato o contrattuale, in capo all'impresa, nonché, dall'altro lato (quello giuridico) ancorata la ragione storica del diritto del lavoro.

---

<sup>3</sup> Grandi, 1997.

<sup>4</sup> Ciò soprattutto nei casi in cui al controllo dell'offerta di lavoro si aggiungevano accordi con effetti restrittivi nei mercati del prodotto. Vedi: Miller, 1984.

L'oggetto di indagine impone pertanto di adottare un approccio che vede l'intrecciarsi di dottrine giuridiche e teorie economiche che consentano in via preliminare di definire più in dettaglio i termini di tale potere (di mercato) nel mercato del lavoro (*labor market power*).

Da un punto di vista soggettivo, tale potere può essere esercitato da due "lati": il lato del "venditore" di lavoro, ossia chi viene denominato nel linguaggio giuridico come lavoratore, e il lato del "compratore", ovvero colui che è formalmente il creditore di lavoro. A loro volta, il lavoratore e l'impresa possono esercitare il proprio potere coalizzandosi. Dal lato del lavoratore, il fenomeno si è storicamente manifestato attraverso la nascita delle organizzazioni sindacali<sup>5</sup>. Spostandoci sul versante dell'impresa, oltre al non ovunque diffuso sviluppo delle organizzazioni imprenditoriali, vi possono essere altri modi di agire in modo coordinato. Ad esempio, in un passaggio della sua celebre opera *The Wealth of Nations*, Adam Smith scrive che "raramente si sente parlare di intese fra datori, ma frequentemente di quelle fra lavoratori. Ma chiunque desuma da questo che i datori si coalizzano raramente, è altrettanto ignorante delle cose del mondo quanto di questa materia"; infatti, "i datori di lavoro sono sempre e ovunque in una specie di tacita ma costante e uniforme intesa per non aumentare i salari del lavoro al di sopra del saggio corrente"<sup>6</sup>.

Così, da un punto di vista intersoggettivo ha senso (sia in termini economici che giuridici) parlare di potere di mercato, così come di frizioni e di asimmetrie informative, solo se i mercati del lavoro si trovano in condizioni di concorrenza imperfetta. Si consideri, dunque, un modello di mercato del lavoro perfettamente concorrenziale, per la definizione delle cui caratteristiche ci si rifà al modello di perfetta concorrenza del mercato del prodotto<sup>7</sup>: primo, ci sono molti lavoratori e datori di lavoro nel mercato, pertanto nessuno di essi può esercitare un'influenza significativa sui salari; secondo, lavoratori e datori di lavoro sono liberi di entrare e uscire dal mercato, e i lavoratori possono spostarsi liberamente da un datore di lavoro all'altro; terzo, non ci sono organizzazioni da entrambi i lati (né datoriali, né dei lavoratori) che possono agire per alzare o ridurre i salari; quarto, i lavoratori e i datori di lavoro sono informati: i primi riguardo a posti di lavoro, salari offerti e altre condizioni dell'impiego, mentre i secondi hanno cognizione di quanti siano i lavoratori disponibili e a quali salari; quinto, *ceteris paribus* lavoratori e datori di lavoro agiscono in base ad una motivazione strettamente economica (salario più alto, profitto più alto). Vi sarebbero, infine, altre tre caratteristiche:

---

5 Ely, 1886.

6 Smith, 1776.

7 Reynolds, Masters, Moser, 1998.

l'attrattività di un'occupazione si misura unicamente dal tasso del salario orario (altre condizioni sono prese o date come costanti); tutti i posti di lavoro vengono occupati tramite il mercato (viene ignorato il fatto che vi siano altre modalità, come le promozioni interne); i lavoratori sono interscambiabili ed ugualmente efficienti.

La distanza di queste assunzioni teoriche rispetto al concreto funzionamento dei mercati del lavoro ha indotto lo sviluppo di modelli teorici alternativi, volti a meglio assecondare le dinamiche reali. In via di prima approssimazione, essi si basano sulla premessa per cui si ha un mercato del lavoro imperfetto quando ci sono rendite associate ad una data occupazione tali che il surplus complessivo creato dal prodotto marginale del lavoro è positivo<sup>8</sup>; i salari, determinando la parte di surplus che va al datore di lavoro e quella che, eventualmente, va al lavoratore, fungono da "spartitori" delle rendite<sup>9</sup>. In altre parole, a seconda del grado di potere di mercato dei datori di lavoro o dei lavoratori, i salari "spostano" il peso dei due surplus (del datore e del lavoratore) verso una parte piuttosto che l'altra.

In tale prospettiva, negli ultimi decenni sono state condotte ricerche empiriche volte a meglio mettere a fuoco alcuni fenomeni che caratterizzano i mercati del lavoro<sup>10</sup>. Il modello del monopsonio<sup>11</sup>, nelle sue evoluzioni più recenti<sup>12</sup>, si è progressivamente affermato come spiegazione teorica di riferimento per gli effetti di asimmetrie informative, imperfezioni, distorsioni contrattuali e istituzionali. Tali fattori generano e alimentano il potere di mercato dei datori di lavoro che, in estrema sintesi, consente loro di fissare un tasso di impiego inferiore al livello concorrenziale e di ridurre (o mantenere) i salari al di sotto del prodotto marginale del lavoro.

Non è questa la sede per una rassegna della letteratura sul monopsonio nei mercati del lavoro statunitensi, e ciò se non altro per due ordini di ragioni: primo, molti di questi studi empirici sono richiamati nell'articolo di Naidu, Posner e Weyl; secondo, di recente sono state pubblicate due autorevoli *literature reviews* sull'evoluzione dei modelli di monopsonio e le relative evidenze empiriche, cui rinvio<sup>13</sup>. Qui è piuttosto d'interesse sottolineare che la pervasività di tale potere in alcuni mercati del lavoro

---

8 Boeri, Van Ours, 2021.

9 Lamadon, Mogstad, Setzler, 2019.

10 Van Der Klaaw, 2014; Angrist, 2022.

11 Robinson, 1933; Robinson, 1953.

12 Soprattutto a partire da: Boal, Ransom, 1997; Manning, 2003.

13 Manning, 2021; Card, 2022.

statunitensi è ritenuto tale che viene diffusamente chiamato in causa l'antitrust<sup>14</sup> e ciò essenzialmente per due ragioni. Una prima, concerne la progressiva crisi ed ineffectività dei rimedi tradizionalmente offerti dal diritto del lavoro statunitense, per come declinatosi nelle due "forme" del *labor law* (legislazione di sostegno alla contrattazione collettiva) e dell'*employment law* (leggi specifiche a tutela dei lavoratori, come i minimi salariali). Una seconda ragione si fonda, invece, sull'argomento secondo cui le dinamiche concorrenziali dei mercati del lavoro sono *in ogni caso* rilevanti ai fini antitrust. Non mi soffermerò sulla prima delle due cause, che invero affonda le radici in dinamiche che sono già ampiamente note<sup>15</sup>, mentre ritengo qui opportuno aggiungere alcune considerazioni sul secondo profilo, poco o per nulla conosciuto dalle nostre parti.

**3.** Secondo l'impostazione tradizionale la crisi dei meccanismi istituzionali messi a punto per regolare i mercati del lavoro statunitensi non sarebbe una ragione in sé sufficiente per chiamare in causa l'antitrust. Questa impostazione parte dal presupposto che la legislazione ed i rimedi antitrust attengano ai mercati del prodotto. E qui risiede un indubbio profilo di novità dei materiali inseriti in questo quaderno. Essi sottendono, infatti, un approccio di analisi antitrust orientato ai mercati del lavoro: Naidu, Posner e Weyl discutono di rimedi antitrust a fronte di alcune condotte delle imprese nei mercati del lavoro; similmente, l'*EO* si sofferma sui mercati del lavoro, menzionando espressamente la necessità di affrontare l'abuso di potere di mercato e gli effetti negativi del monopolio e monopsonio; di conseguenza lo stesso Hovenkamp, pur partendo da posizioni tradizionalmente più caute, deve affrontare la questione nel suo commento all'*EO* stesso. Da ultimo, infine, i materiali relativi all'intervento della *Federal Trade Commission (FTC)* nel caso *Amazon Flex* e il memorandum congiunto delle autorità antitrust e del lavoro evidenziano che i mercati del lavoro possono rientrare nella sfera di azione antitrust.

Orbene, questa prospettiva innovativa può essere meglio inquadrata se si distinguono tra loro tre profili: le spinte revisionistiche relative agli obiettivi di fondo dell'antitrust statunitense (3.2.); le basi normative per un intervento antitrust nei mercati del lavoro (3.2.); il concetto di abuso di potere rilevante ai fini antitrust (3.3).

**3.1.** Per farsi un'idea se l'antitrust statunitense possa o no giocare un ruolo nei mercati del lavoro occorre preliminarmente chiedersi quali sono gli scopi che persegue. Il di-

---

<sup>14</sup> Inteso qui in senso ampio come (le due) autorità, nonché l'apparato legislativo e rimediabile. Vedi: Crane, 2011.

<sup>15</sup> Rinvio, per tutti, ad: Andrias, 2019; Andrias, 2016. Uno studio recente, peraltro, conferma che le imprese non hanno (neppure) incentivi economici a rispettare la legislazione lavoristica, in particolare il *National Labor Relations Act* e il *Fair Labor Standards Act* (Stansbury, 2021).

battito attuale sul punto si presenta piuttosto frammentato<sup>16</sup>, tuttavia ciò non impedisce di dare conto di due filoni principali.

Un primo consiste nella spinta revisionistica individuabile nella c.d. “agenda neo-brandeisiana”<sup>17</sup>. Secondo tale approccio, l’eccessivo tecnicismo dell’antitrust declinato secondo i canoni di Chicago avrebbe portato ad un punto di rottura e, pertanto, sarebbe necessario restaurare la tradizione antimonopolistica ed agire essenzialmente in tre direzioni: ripensamento della procedura di controllo delle concentrazioni; ritorno alla tradizione dei *big cases* e conseguente utilizzo dei rimedi strutturali; abbandono del parametro del *consumer welfare*. Partendo da quest’ultimo profilo, si sostiene la necessità di sostituire il focus sul prezzo finale destinato al consumatore con un parametro di portata più ampia. Ad esempio, soluzioni vengono individuate nell’ampliamento dell’analisi in modo da prendere in considerazione anche i potenziali effetti anti-competitivi su fornitori, produttori e lavoratori<sup>18</sup>. In alternativa, si ipotizza la (ri) adozione del più ampio *protection of competition test*<sup>19</sup>, applicato dal giudice Brandeis nella famosa decisione *Chicago Board of Trade* del 1918<sup>20</sup>. Con riguardo ai *big cases*, il richiamo è al fatto che, dopo i casi *AT&T* nel 1974 e *Microsoft* del 1998, non sarebbe stata più prestata attenzione alle minacce anticoncorrenziali delle grandi imprese<sup>21</sup>. Ciò avrebbe consentito alle imprese dominanti di accrescere le proprie dimensioni e sfruttare il proprio potere non solo in campo economico, ma anche politico<sup>22</sup>. In tale ottica, sarebbe necessario utilizzare rimedi strutturali, come i disinvestimenti e lo scorporo delle imprese concentrate. In stretta relazione con il potere delle *big corporations*, occorrerebbe rivedere le procedure di controllo delle concentrazioni, ad esempio analizzando il profilo della concorrenza *potenziale*. Il caso di studio *Amazon.com*, infine, esemplificherebbe quanto sopra: il focus esclusivo sugli interessi dei consumatori di breve periodo, e non sui produttori o sul mercato nel suo complesso, non funziona nei casi in cui le condotte delle imprese non hanno un impatto diretto in termini di prezzo; per di più, nell’attuale paradigma sarebbe del tutto assente la questione del potere di mercato nei moderni *marketplaces* (digitali e non)<sup>23</sup>. In sintesi, il problema

---

16 Kovacic, 2021.

17 Khan, 2020; Wu, 2018.

18 Khan, 2020, 1675.

19 Wu, 2018, 135.

20 *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918).

21 Wu, 2018.

22 Zingales, 2017.

23 Khan, 2017.

non risiederebbe tanto (o non solo) nella mancanza di *enforcement*<sup>24</sup>, ma più a fondo nelle radici teoriche dell'antitrust<sup>25</sup>.

Un secondo indirizzo ritiene, invece, che la crescente domanda per un rinnovato *anti-trust movement* – teso, come visto sopra, a combattere la concentrazione industriale, limitare il potere economico e politico delle grandi imprese, correggere l'errata allocazione delle risorse e i profitti troppo elevati, incrementare i salari e proteggere le piccole imprese – non dovrebbe erodere il *technical antitrust*, inteso come insieme di regole costruite sulla base delle migliori circostanze sociali ragionevolmente ottenibili attraverso la legislazione antitrust<sup>26</sup>.

In tale ottica, approcci diretti al *general welfare* condurrebbero al perseguimento di obiettivi difficili da attuare con coerenza (redistribuzione della ricchezza, migliori salari, interessi delle piccole imprese ed altri obiettivi non solo sono difficili da attuare, ma talvolta in conflitto tra loro), che imporrebbero di sacrificare gli interessi dei consumatori in favore dei produttori, rinviando ai giudici un bilanciamento di difficile articolazione e quantificazione; di conseguenza, sarebbe un errore abbandonare il parametro del *consumer welfare*, nella misura in cui esso venga propriamente impiegato in termini di disponibilità di *output*, prezzi bassi e qualità, a protezione anche del fornitore (non del produttore/concorrente), così garantendo l'"amministrabilità" della legislazione antitrust<sup>27</sup>.

Sotto una diversa prospettiva, quando le evidenze empiriche suggeriscono di vigilare con maggiore attenzione sulle condotte delle grandi imprese, l'antitrust può affrontare le problematiche recate dall'aumento della concentrazione e dagli alti (ed eccessivi) profitti per altre vie: intensificando le indagini sugli accordi orizzontali; imponendo controlli più stringenti sulle operazioni di concentrazione; adottando un approccio più incisivo sulle condotte escludenti o correlate al mantenimento del potere di mercato nel lungo periodo; (più in generale) attuando *policies* che riducano le barriere all'ingresso e la dimensione delle grandi imprese nei mercati concentrati (rimedi strutturali), e regolino le imprese che detengono un significativo potere di mercato<sup>28</sup>.

---

24 Lancieri, Posner, Zingales, 2022.

25 Khan, 2020. L'a. parla altresì di un ritorno ad un antitrust "istituzionale". Vedi: Crane, 2011.

26 Hovenkamp, 2018b.

27 Ibidem, 619-620.

28 Shapiro, 2018.

La tensione tra queste due correnti di pensiero ha inevitabilmente aperto un dibattito di politica del diritto<sup>29</sup>, alimentato anche dal fatto che nel marzo dello scorso anno il Presidente Biden ha nominato Lina Khan (tra i principali sostenitori dell'agenda neo-brandeisiana) a capo della *Federal Trade Commission*.

### 3.2. Ma entriamo ora nello specifico dei mercati del lavoro.

Un primo profilo significativo riguarda il dato testuale. Se si guarda alla legislazione antitrust, lo *Sherman Act* (in termini generali) e la sezione 7 del *Clayton Act* (più specificamente dedicata alle concentrazioni), coprono le condotte anticoncorrenziali in tutti i mercati: sono applicabili sia a venditori che compratori; se non altro a livello teorico, quindi, sono inclusi i compratori di lavoro<sup>30</sup>. Ad esempio, la sezione 12 delle *Horizontal Mergers Guidelines*<sup>31</sup> è dedicata alle concentrazioni tra compratori concorrenti e afferma che tali operazioni possono incrementare il potere di mercato dell'impresa concentrata dal lato del compratore, così come del venditore, precisando altresì che il potere del compratore viene talvolta definito come "*monopsony power*".

Di qui, eventuali modifiche legislative volte ad includere testualmente lo scrutinio dei mercati del lavoro, il monopsonio del lavoro ovvero alcune condotte riconducibili al suo abuso, non avrebbero un effetto realmente innovativo. È allora utile rimarcare che, nell'ottica di questo filone di studi e casi, i problemi legati alla concorrenzialità o alla presenza di specifiche condotte anticoncorrenziali delle imprese nei mercati del lavoro possono essere affrontati già attraverso i rimedi e l'impianto teorico attuale, a prescindere da ripensamenti strutturali o modifiche legislative.

In linea con queste premesse, l'intervento antitrust nei mercati del lavoro richiede di "riorganizzare" l'approccio di analisi in funzione di un caso – o meglio, un mercato – particolare: la differenza rispetto al passato è che il problema antitrust attuale nei mercati del lavoro riguarda non tanto l'immunità (o meno) per le violazioni commesse dai lavoratori uniti in coalizioni (*i.e.*, dalle *trade unions*), quanto piuttosto la protezione dalle condotte anti concorrenziali commesse dai datori di lavoro<sup>32</sup>. In effetti, il problema antitrust è emerso in alcuni casi che sono già stati oggetto di azioni giudiziarie ovvero di interventi regolativi delle autorità antitrust. Più nello specifico, il riferimento è ad accordi orizzontali di collusione salariale, accordi di non assunzione dei rispettivi di-

---

29 Crane, 2018.

30 Hovenkamp, 2022a.

31 Testo disponibile al sito: <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010#12>

32 Hovenkamp, 2022a.

pendenti, accordi verticali che limitano la mobilità occupazionale dei lavoratori (come i patti di non concorrenza), nonché alle concentrazioni che, limitando il volume della produzione/gli output, hanno un effetto restrittivo ed anticoncorrenziale sui mercati del prodotto e del lavoro.

La principale ragione teorica addotta risiede nel fatto che concentrazioni o altre pratiche anti concorrenziali, che comportino la riduzione degli *output* immessi sul mercato o un aumento dei prezzi, verosimilmente conducono anche ad una diminuzione del tasso di occupazione: un'impresa che voglia aumentare i prezzi (in collusione con altre o in via unilaterale) ridurrà il volume della produzione; tale decremento determina, a monte, l'impiego di una quantità di fattori produttivi (tra cui il lavoro) inferiore; viceversa, l'impresa che detenga un potere di monopsonio del lavoro impiegherà meno lavoratori, a condizioni salariali e di lavoro inferiori, così riducendo anche gli output immessi sul mercato<sup>33</sup>.

In tale ottica, l'antitrust, perseguendo l'obiettivo del *consumer welfare* (inteso non solo in termini di prezzi bassi, ma anche e soprattutto di alti volumi di produzione e, quindi, maggiori output immessi sul mercato) può proteggere indirettamente i lavoratori – in questo senso, vi sono casi in cui il *consumer welfare* e il *worker welfare* si sovrappongono. Quando ciò non si verifica si riscontra il limite dell'antitrust e, pertanto, la necessità di interventi di diverso tipo<sup>34</sup>. Invero, rimane fermo il fatto che in alcuni casi specifici la violazione antitrust è *per se*, come negli accordi tra imprese di non assunzione dei rispettivi dipendenti<sup>35</sup>.

**3.3.** In ragione di tutto ciò si giunge, infine, a sostenere la possibilità di utilizzare l'antitrust come argine al potere monopsonistico dei datori di lavoro. La prassi, in effetti, mostra un certo attivismo delle autorità antitrust e il tentativo di azionare i relativi rimedi nei mercati del lavoro. Per circoscrivere la portata di questo intervento, mi soffermo da ultimo sul concetto di *abuso di potere di mercato*.

---

33 Hovenkamp, 2018b. Se si considera il caso di una concentrazione tra imprese che, pur aumentando l'efficienza dell'impresa, riduce il volume della produzione, si potrà (tendenzialmente) inferire che essa avrà un effetto negativo sui prezzi finali e sui lavoratori impiegati. Se invece l'operazione aumenta sia il volume della produzione che l'efficienza, il tasso di impiego dipenderà dal guadagno di efficienza specifico: in caso di riduzione del tasso di impiego, a fronte di un effettivo guadagno di efficienza, non spetterebbe all'antitrust interferire.

34 Naidu, Posner, 2021.

35 DOJ, FTC, *Antitrust Guidance for Human Resource Professionals*, 2016. Testo disponibile al sito: <https://www.justice.gov/atr/file/903511/download>

In prima battuta, è possibile affermare che le varie teorie intorno ad esso hanno valorizzato due concezioni opposte. Da un lato, si è riconosciuto che non sempre le grandi unità di produzione operano uno sfruttamento della collettività, per cui conviene valutare pragmaticamente se, a seconda delle circostanze concrete, esiste un abuso del potere di mercato; dall'altro lato, però, si è affermato che la presenza di una posizione dominante può rappresentare un ostacolo alla concorrenza<sup>36</sup>.

Negli Stati Uniti la legislazione antimonopolistica ha inquadrato il potere di mercato distinguendo due elementi della *monopolization*, che solo in via di prima approssimazione corrispondono alla posizione dominante e all'abuso; dalla necessaria compresenza di entrambi consegue che vi debba essere un nesso di causalità tra la condotta e il potere di mercato<sup>37</sup>.

Più in dettaglio, è utile chiarire meglio come questi due elementi sono stati declinati oltreoceano: primo, la componente strutturale richiede che il mercato sia sufficientemente incline ad essere "monopolizzato" – si guarda al numero delle imprese nel mercato rilevante e alla loro quota di mercato; secondo, è essenziale la presenza di una condotta anticoncorrenziale<sup>38</sup>. Se, dunque, sarebbe improprio leggersi l'abuso di posizione dominante "alla europea", ciò non impedisce di inquadrare il problema del potere di mercato nei termini del suo abuso. Di qui, ai fini antitrust, sorge il problema fondamentale di distinguere tra condotte escludenti o distorsive della concorrenza (illegittime) e la concorrenza di merito delle imprese con potere di mercato (legittima)<sup>39</sup>.

Declinare l'analisi verso gli effetti del potere monopsonistico nel mercato del lavoro statunitense richiede, quindi, di individuarne la portata e, secondariamente, di stabilire se le condotte sono anticoncorrenziali e, pertanto, integrano un suo abuso. Gli autori e i materiali raccolti in questo quaderno sostengono che, al ricorrere di entrambi questi requisiti, l'antitrust può avere un ruolo.

**4.** Alle considerazioni generali fin qui svolte può essere, infine, utile aggiungere qualche considerazione specifica sui singoli materiali che sono stati inseriti in questo *Quaderno*.

---

36 Teodoro, 1963.

37 Vickers, 2005. In *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563 (1966), la Corte Suprema afferma che l'abuso del potere di mercato si manifesta attraverso "l'acquisizione o il mantenimento intenzionale di tale potere, che si distingue dalla crescita o dallo sviluppo come conseguenza di un prodotto superiore, dell'acume commerciale o di un incidente storico". Più di recente, vedi il caso *United States v. Microsoft Corporation*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

38 Hovenkamp, 2022b.

39 *Ibidem*.

Il primo è la traduzione integrale del già citato articolo sui rimedi antitrust nei mercati del lavoro, di Naidu, Posner e Weyl<sup>40</sup>. Gli autori forniscono un contributo fondamentale in più direzioni, ma soprattutto discutono le ragioni per cui l'antitrust non si è occupato dei mercati del lavoro e, per converso, le ragioni per cui invece dovrebbe. In aggiunta, avanzano una serie di proposte per migliorare l'analisi delle concentrazioni. Nel complesso, il filo rosso del loro ragionamento si fonda sul parallelismo tra effetti negativi del monopsonio nei mercati del lavoro ed effetti negativi del monopolio nei mercati del prodotto: i primi, non meno dei secondi, richiederebbero l'intervento antitrust.

Il secondo contenuto è l'ordine esecutivo sulla promozione della concorrenza nell'economia statunitense, da cui ha preso avvio questa introduzione. Mi limito a ribadirne l'importanza: le autorità governative agiscono con risorse limitate, per cui la politica gioca un ruolo nell'indirizzare la loro attività. In proposito, il contributo di Hovenkamp qui tradotto è utile per capire la portata, i limiti, e la concreta attuabilità dell'agenda Biden.

Da ultimo, sono stati inclusi un caso e una manifestazione di intenti.

Il caso riguarda un intervento di *adjudication* della *FTC* nei confronti di *Amazon.com*, conclusosi con un *order* ed un accordo transattivo, in un caso di condotte ritenute anticoncorrenziali a danno dei propri autisti. Abbiamo inserito quattro documenti: due annunci della *FTC* (uno di chiusura dell'indagine con la decisione di irrogare una sanzione; il secondo che riporta la notizia dell'accordo transattivo) e, specularmente, due atti formali della procedura (il *complaint* e l'accordo transattivo)<sup>41</sup>.

La manifestazione di intenti consiste, invece, nel recente impegno delle autorità antitrust (*FTC* e *DOJ*) e del lavoro (*NLRB*) a cooperare su vari fronti, tra cui quello delle condotte anticoncorrenziali delle imprese nei mercati del lavoro.

La sensazione che si prova nel mese di ottobre del 2022 è che si tratti solo di un primo assaggio di un vero e proprio cantiere che darà molto da riflettere agli studiosi, specie se animati da un approccio interdisciplinare, che si potrebbe definire di *law & empirical labor economics*.

---

40 Una traduzione parziale è stata pubblicata in: *DLRI*, 170, 2, 2021.

41 Ciascun documento contiene in nota il rinvio specifico al sito da cui è possibile accedervi. Tutti i documenti del procedimento sono consultabili al sito: <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/1923123-amazon-flex>

# Potere datoriale nel mercato del lavoro e rimedi antitrust <sup>42</sup>

di Suresh Naidu<sup>43</sup>, Eric A. Posner<sup>44</sup> & Glen Weyl<sup>45</sup>

**Riassunto.** Ricerche recenti mostrano come il potere datoriale nel mercato del lavoro abbia contribuito ad aumentare le diseguaglianze salariali e la stagnazione economica. Sebbene la legislazione antitrust impedisca alle imprese di restringere la concorrenza nei mercati del lavoro come nei mercati del prodotto, il governo federale non ha fatto molto per affrontare il problema del mercato del lavoro, e le azioni legali sono state rare e in gran parte infruttuose. Una ragione è che le tecniche di analisi antitrust ideate per valutare il potere datoriale nel mercato del lavoro sono di gran lunga meno evolute rispetto alle regole ideate per stimare il potere (di mercato) nel mercato del prodotto. Per correggere questa asimmetria, il saggio individua una serie di metodi per stimare gli effetti delle concentrazioni nei mercati del lavoro. Gli autori estendono poi questo approccio ad altre condotte anticoncorrenziali realizzate dai datori di lavoro nei confronti dei lavoratori. Da ultimo, il saggio evidenzia alcuni argomenti e prove che indicano come il potere di mercato possa essere addirittura più significativo nei mercati del lavoro che nei mercati del prodotto.

**1. INTRODUZIONE** **2.1.** Le dinamiche economiche del potere datoriale nel mercato del lavoro: il quadro storico del monopsonio. **2.2.** (segue) Le fonti del potere monopsonistico. **2.3.** (segue) Il costo sociale del monopsonio. **2.4.** (segue) Recenti sviluppi: evidenze sulla concentrazione del mercato del lavoro. **3.1.** Legislazione antitrust e mercati del lavoro: il contenzioso antitrust nei mercati del lavoro. **3.2.** (segue) Requisiti delle *class actions* e barriere relative alle pratiche anticoncorrenziali nel mercato del lavoro. **4.** I DANNI AL MERCATO DEL LAVORO NELLE ANALISI DELLE CONCENTRAZIONI. **4.1.** Definizione e Concentrazione del Mercato. **4.2.** Pressione salariale al ribasso. **4.3.** Simulazione di fusione. **4.4.** Altri fattori nelle analisi delle concentrazioni. **4.5.** Caso di studio: l'effetto

---

42 Naidu, Posner, Weyl, 2018. Traduzione di L.G. Luisetto.

43 Suresh Naidu è Associate Professor of International and Public Affairs and Economics presso la Columbia University, Faculty of Economics; e-mail: sn2430@columbia.edu

44 Eric A. Posner è Kirkland & Ellis Distinguished Service Professor of Law e Arthur and Esther Kane Research Chair presso la University of Chicago Law School; e-mail: bjwalker@uchicago.edu

45 Glen Weyl è Principal Researcher presso Microsoft Research New England e Visiting Senior Research Scholar presso la Yale University, Department of Economics and Law School; e-mail: glenweyl@microsoft.com

delle concentrazioni ospedaliere sul mercato del lavoro infermieristico **5.1.** Rimedi legali per altri tipi di condotte monopsonistiche: i patti di non concorrenza. **5.2.** (segue) Riduzione dei salari dei fornitori. **5.3.** (segue) Collusione. **5.4.** (segue) Altre possibili condotte anticoncorrenziali nei mercati del lavoro. **6.** CONCLUSIONI.

**1.** Nel dibattito pubblico degli ultimi anni, il centro della scena è stato occupato dal declino del tasso di crescita economica e dall'aumento delle diseguaglianze tra i redditi. La ricerca ha identificato una pluralità di possibili ragioni di questi due fenomeni, spaziando dai grandi cambiamenti strutturali dell'economia fino al fallimento delle politiche pubbliche. In questo contesto, un'altra causa che ha destato l'interesse crescente degli economisti è il potere datoriale nel mercato del lavoro<sup>46</sup>, inteso come la capacità dei datori di lavoro di fissare i salari al di sotto del ricavo marginale del prodotto del lavoratore<sup>47</sup>. Nuove indagini suggeriscono che molti mercati del lavoro, non solo non sono competitivi ma evidenziano anzi l'esistenza di un considerevole potere di mercato dei datori di lavoro d'imporre salari al ribasso. La riduzione dei salari incrementa le diseguaglianze reddituali poiché allarga il divario tra i redditi corrisposti nei mercati del lavoro concentrati e quelli dei mercati del lavoro competitivi, e spesso incide maggiormente sui lavoratori a basso reddito, i quali dispongono di scarse alternative e di una minore forza contrattuale. Ancora più importante è il fatto che la riduzione dei salari riduce i redditi dei lavoratori rispetto a quanto percepiscono coloro i quali vivono del reddito da capitale (rendite): questi ultimi guadagnano complessivamente di più rispetto ai primi. La riduzione dei salari impatta anche sulla crescita economica poiché genera sottoccupazione. Inoltre, sebbene possa far presupporre il contrario, la riduzione dei salari non favorisce il rendimento del capitale. Con la riduzione dei salari, i lavoratori qualificati rifiutano le offerte di lavoro e i lavoratori (in generale) possono essere indotti a smettere di investire in formazione e istruzione; molti, poi, escono dal mercato del lavoro e si affidano a sussidi statali (incluse le pensioni di invalidità), che sono ormai assurti a sistema di welfare del sommerso<sup>48</sup>. Ciò, a sua volta, grava sullo Stato in termini di entrate fiscali perse e aumenti di spesa. Stimiamo che nell'economia statunitense il potere monopsonistico riduce, rispettivamente, la produzione complessiva, i tassi di impiego (del 13%) e la quota della produzione nazionale incamerata dai lavoratori<sup>49</sup> (intorno al 22%).

---

46 N.d.t.: traduzione di "labor market power".

47 Autor, Dorn, Katz, Patterson, Van Reenen, 2020.

48 Weissmann, 2013.

49 N.d.t.: il concetto di "labor's share of national output" esprime l'ammontare del PIL (GDP) che viene erogato in salari, compensi e benefits.

Il potere datoriale nel mercato del lavoro è speculare al potere dell'impresa nel mercato del prodotto. Un "mercato del prodotto" consiste in un insieme di prodotti considerati intercambiabili o sostituibili dai consumatori. Se questi prodotti vengono commercializzati da un ristretto numero di venditori oppure da uno solo, si è soliti dire che ogni venditore ha un "potere di mercato" (del prodotto), che gli consente di fissare un prezzo più alto rispetto al costo marginale o al prezzo che si imporrebbe in un mercato concorrenziale. Quando il numero di datori di lavoro che attingono da un bacino di lavoratori con professionalità specifiche, all'interno di un'area geografica determinata dove i lavoratori possono spostarsi come pendolari, è ristretto i datori di lavoro usufruiscono di un analogo potere sul mercato del lavoro.

In entrambi i casi, una delle principali cause del potere di mercato è la "concentrazione", che si ha quando poche imprese dominano uno specifico mercato.

La concentrazione nel mercato del lavoro dà origine al monopsonio (o, se sono presenti più datori di lavoro, all'oligopsonio; questi termini verranno qui usati in modo intercambiabile), ossia ad una situazione in cui il potere è in capo al compratore e non al venditore. Prospettiamo a tal fine i datori di lavoro come acquirenti di lavoro e come operatori in un mercato del lavoro, costituito da un insieme di occupazioni che i lavoratori possono cambiare con relativa facilità – ad esempio, programmatori informatici, avvocati o lavoratori poco qualificati – in un'area geografica di solito delimitata dallo spazio percorribile da un pendolare. Date queste premesse, il mercato del lavoro si può considerare come concentrato quando un ristretto numero di datori di lavoro (o uno solo) attingono dal medesimo bacino di lavoratori.

Contrariamente a quanto ci si potrebbe attendere, le attuali autorità antitrust, mentre prenderebbe subito in considerazione gli effetti di una concentrazione tra stazioni di rifornimento sul prezzo del carburante, ignorerebbe effetti analoghi che si producono sui salari dei lavoratori qualificati<sup>50</sup>. In questo articolo, illustreremo come le dottrine antitrust, e i modelli di analisi, possono essere aggiornati al fine di consentire di tener conto anche del potere datoriale nel mercato del lavoro. Non sussistono, infatti, ragioni economiche o giuridiche per escludere queste situazioni dal vaglio delle autorità antitrust. A tal fine, illustreremo una serie di strumenti analoghi ai modelli già adottati per il controllo delle concentrazioni nei mercati dei prodotti, i quali consentono un controllo del mercato del lavoro. Dimostreremo, inoltre, come anche altre tipiche pratiche anticoncorrenziali – quali preclusioni verticali, prezzi minimi di vendita e prezzi predatori – si ripropongano nei mercati del lavoro e possano, quindi, giustificare uno scrutinio da parte delle autorità antitrust.

---

<sup>50</sup> Ciò è vero anche in Europa. Bourgeois, O'Daly, 2010.

Sebbene siano oggetto del diritto antitrust sia la concentrazione dei mercati del prodotto che del lavoro, storicamente solo la prima è stata presa in considerazione dagli studiosi e dai funzionari governativi<sup>51</sup>. Le linee guida sulle concentrazioni orizzontali del Dipartimento della Giustizia [*United States Department of Justice, DOJ*] e della Commissione Federale del Commercio [*Federal Trade Commission, FTC*], adottate per individuare le concentrazioni che potenzialmente violano la normativa antitrust, forniscono un quadro analitico per valutare gli effetti delle concentrazioni sul mercato del prodotto<sup>52</sup>. Benché in base a tali indicazioni non sussista alcuna differenza tra potere del venditore e potere del compratore<sup>53</sup>; non viene detto nulla riguardo ai potenziali effetti negativi delle concentrazioni sul mercato del lavoro. Parimenti, mentre vengono segnalate migliaia di casi di imprese accusate di aver costituito illegalmente cartelli nei mercati del prodotto, i casi relativi ai mercati del lavoro che vengono portati all'attenzione dell'autorità antitrust sono relativamente pochi, e molti di questi, se non la maggior parte, sono emersi in settori specifici, come le leghe sportive che restringono la possibilità d'impiego dei giocatori<sup>54</sup>.

Ad ogni modo, la concentrazione rappresenta solo una delle cause del potere di mercato. Altri fattori, sono la differenziazione del prodotto e le asimmetrie informative. Tutte queste cause, che rappresentano potenziali problemi per le autorità antitrust,

---

51 Marinescu, Hovenkamp, 2019. Hovenkamp, 2018a. Krueger, Posner, 2018.

52 U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, 2010. [d'ora in avanti, *Horizontal Merger Guidelines*]. Testo disponibile al sito: <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010>

53 *Horizontal Merger Guidelines*, par. 12: "Per valutare se una concentrazione potrà verosimilmente accrescere il potere di mercato dal lato del compratore, le Agenzie impiegano essenzialmente lo schema descritto in precedenza per valutare se l'operazione provochi l'aumento del potere di mercato dal lato del venditore".

54 Ricercando "product market" sul database dedicato ai casi Antitrust di Westlaw compaiono 1736 casi dal 2000, viceversa digitando "labor market" i casi sono solo 122 (dati al 10 gennaio 2018). Se si aggiunge la parola "merger" alla ricerca, i numeri diminuiscono rispettivamente a 366 e 10. Per il vero, nessuna concentrazione è stata bloccata nei dieci casi relativi al mercato del lavoro. L'unico caso importante negli ultimi anni in cui sono stati considerati gli effetti sul mercato del lavoro è *United States v. Anthem, Inc.*, 855 F.3d 345 (D.C. Cir. 2017), cert. dismissed, 137 S. Ct. 2250 (2017), ove la corte d'appello confermò l'ordinanza della corte distrettuale a causa degli effetti anticompetitivi nei mercati del prodotto, id. 368, ma, al contempo, il governo sostenne che la concentrazione avrebbe anche avuto effetti anticompetitivi sul mercato del lavoro, come riconosciuto dal giudice dissenziente Kavanaugh. Per un ulteriore esempio, vedi *Revised Competitive Impact Statement, United States v. Aetna, Inc.*, 64 Fed. Reg. 44,946 (18.08.1999), ove si evidenziano effetti dannosi della concentrazione tra compagnie assicurative sui compensi dei medici. Tuttavia, anche in questa statuizione, l'argomento fu solo uno dei tanti per opporsi, e peraltro non vagliato perché le parti transarono.

generano inefficienze, redistribuzione di ricchezza dai lavoratori ai proprietari delle imprese, e possono manifestarsi tanto sul versante del mercato del prodotto, quanto su quello del lavoro. Ciò nonostante, l'antitrust si è limitato ad intervenire solo in relazione al potere che avesse ad oggetto un mercato di un prodotto.

Lo storico squilibrio tra quelli che chiameremo, rispettivamente, l'approccio antitrust del mercato del prodotto e l'approccio antitrust del mercato del lavoro, non rinviene un fondamento nella teoria economica. Sotto tale prospettiva, i danni al benessere collettivo causati dal potere nel mercato del prodotto e dal potere nel mercato del lavoro sono equivalenti tra loro. Come riconobbe Adam Smith, le imprese guadagnano allo stesso modo sfruttando il potere nei mercati del prodotto o del lavoro, in quanto entrambi consentono di incrementare i profitti alzando i prezzi (nel primo caso) o abbassando i costi (nel secondo caso)<sup>55</sup>. Per questa ragione, le imprese sono parimenti incentivate ad ottenere potere nel mercato del prodotto e in quello del lavoro. Di qui, la necessità che l'autorità antitrust impedisca in entrambe le ipotesi alle imprese di incrementare il potere di mercato, salvo che sussistano vantaggi sociali compensativi.

Qual è allora la ragione dello squilibrio di approccio antitrust del mercato del prodotto e di quello del lavoro? Si possono avanzare quattro ipotesi.

Primo punto: mentre le teorie *economiche* considerano sia i mercati del prodotto che quelli del lavoro, le dottrine *giuridiche* hanno posto maggior enfasi sui mercati del prodotto. A partire dagli anni Sessanta, studiosi influenti hanno sostenuto che l'ormai datata legislazione antitrust del ventesimo secolo avrebbe dovuto essere sostituita da norme esclusivamente finalizzate al *consumer welfare*<sup>56</sup>. Questa focalizzazione ha favorito la concentrazione delle analisi sui mercati dei prodotti, poiché i consumatori sono danneggiati essenzialmente dagli aumenti di prezzo dovuti al potere nel mercato del prodotto. Per contro, i lavoratori subiscono principalmente l'esercizio del potere datoriale nel mercato del lavoro. È chiaro che i lavoratori sono consumatori e, pertanto, beneficiano in via mediata dei presidi che il diritto predispone in relazione ai mercati dei prodotti, ma ciò non compensa la mancata indagine dei mercati del lavoro.

Secondo punto: gli economisti del periodo del primo dopoguerra postulavano che i mercati del lavoro fossero sufficientemente competitivi e, di conseguenza, che il potere datoriale nel mercato del lavoro non individuasse un problema sociale rilevante. La maggior parte delle persone vive in aree urbane dove numerose imprese si con-

---

55 Smith, 1776.

56 Masterman, 2016.

tendono i lavoratori; se i posti di lavoro sono scarsi o i salari più bassi, gli individui possono (e lo fanno) muoversi all'interno del Paese, creando un ulteriore argine al costo sociale del potere di mercato datoriale, ammesso che esista. Solo negli anni più recenti si è iniziato a mettere in discussione assunti siffatti. D'altra parte, anche gli studiosi dell'economia sono stati per lungo tempo raggruppati in due campi distinti: l'economia industriale e l'economia del lavoro. Gli studiosi dell'economia industriale hanno rivolto la loro attenzione sulle problematiche antitrust create da concentrazioni e altre operazioni delle imprese, mentre gli economisti del lavoro si sono occupati del diritto del lavoro e sindacale. Anche per effetto di ciò, i secondi hanno omesso di sviluppare strumenti di analisi che consentono di appurare l'impatto dell'aumento del potere datoriale nel mercato del lavoro analoghi ai modelli che gli economisti dell'economia industriale adottano per analizzare il potere nei mercati dei prodotti.

Inoltre, il DOJ e la FTC quando devono valutare le concentrazioni si servono di propri economisti i quali, per lo più, le contestano basandosi sui soli effetti nei mercati del prodotto<sup>57</sup>. Immaginiamo che, proprio in ragione del tradizionale assunto della concorrenzialità dei mercati del lavoro, le agenzie governative non abbiano mai interdetto una concentrazione per i suoi effetti sui mercati del lavoro, e neppure, per quanto ci sia noto, vi abbiano attribuito un'attenzione anche solo superficiale. Del resto, a quanto risulta, queste agenzie non hanno mai assunto un economista la cui *expertise* primaria riguardasse i mercati del lavoro.

Terzo punto: è probabile che la via tradizionale di protezione dei lavoratori, che trova la sua sede al di fuori del diritto antitrust, sia sempre apparsa come adeguata. L'approccio giuridico si bipartisce nei due settori del diritto del lavoro e del diritto sindacale. Il secondo, tutela i lavoratori che cercano di coalizzarsi per contrastare il potere di mercato del datore di lavoro. L'idea sottostante è che i lavoratori uniti, mediante gli scioperi e la contrattazione collettiva, possono impedire alle imprese di corrispondere salari monopsonistici. Il diritto del lavoro, invece, garantisce ai lavoratori protezioni specifiche come minimi salariali, limiti al numero massimo di ore di lavoro, ambienti sicuri, diritti di riservatezza, e simili; il diritto del lavoro contrasta, quindi, il potere datoriale impedendo la corresponsione di stipendi e benefits al di sotto di una determinata soglia. Ebbene, entrambi i tipi di tutela sono stati erosi nel corso degli anni. Negli Stati Uniti, l'azione dei sindacati è collassata a causa della deregolamentazione, della concorrenza straniera, delle strategie antisindacali aggressive dei datori di lavoro e

---

57 Department of Justice, Economic Analysis Group (EAG). Dettagli al sito: <https://www>

del quadro legislativo statale ostile<sup>58</sup>. Inoltre, la legislazione federale sui minimi salariali è stata depotenziata dall'inflazione<sup>59</sup>, e altre forme di protezione sono precarie ed esposte ai *budgets* e alle priorità delle agenzie competenti. Infine, tutte queste tutele sono circoscritte alle forme di impiego tradizionale, che stanno subendo un processo di progressiva sostituzione da parte di contratti di lavoro autonomo, esternalizzazioni e altre pratiche tipiche nella *gig economy*<sup>60</sup>.

Quarto punto: il contenzioso antitrust contro i datori di lavoro è di gran lunga più complesso rispetto a quello basato sulla concentrazione del mercato del prodotto, e ciò forse alimenta l'illusione che il secondo problema sia più significativo del primo. Il contenzioso relativo al mercato del prodotto è solitamente promosso dalle grandi imprese che hanno le risorse e l'interesse per sostenere le complesse e costose cause antitrust<sup>61</sup>. Anche le *class actions* dei consumatori sono relativamente semplici perché, come avviene nel caso tipico di condotta anticoncorrenziale nei mercati del prodotto, l'argomento di fondo è che i consumatori hanno pagato un prezzo più alto rispetto a quanto avrebbero dovuto, il che significa che condividono un comune interesse, come richiesto dalle Corti. Per contro, in una causa antitrust nessun lavoratore può sperare di ottenere – neppure se si applica la regola della triplicazione dei danni – un risarcimento danni che anche solo compensi il costo della controversia. Inoltre, è difficile che le azioni collettive abbiano successo, dal momento che, diversamente dai consumatori, i lavoratori spesso si trovano in posizioni soggettive differenti, difettando così il requisito del comune interesse: alcuni hanno anzianità di servizio, altri sono privi d'esperienza; alcuni hanno *benefits*, altri no; taluni hanno opportunità di lavoro alternative, altri no; le professionalità e i termini contrattuali variano; e così via<sup>62</sup>.

Tali osservazioni sono confermate dal ridotto numero di controversie antitrust relative ai mercati del lavoro che abbiano avuto un esito positivo. Questi casi sono sorti in contesti altamente settoriali, come, ad esempio, le leghe sportive che limitano la libertà di contrattazione degli atleti, il mercato della moda, e il personale medico e in-

---

. [justice.gov/atr/about-division/economic-analysis-group](https://www.justice.gov/atr/about-division/economic-analysis-group)

58 Farber, Herbst, Kuziemko, Naidu, 2018. Farber, Western, 2000.

59 Il salario minimo federale è stato incrementato l'ultima volta nel 2009 a \$7.25 ad opera del Fair Minimum Wage Act del 2007.

60 Weil, 2017. Katz, Krueger, 2016. Sulla relazione tra monopsonio ed esternalizzazioni: Dube, Kaplan, 2010. Goldschmidt, Schmieder, 2017.

61 Kroh, 2016.

62 *Weisfeld v. Sun Chem. Corp.*, 84 F. App'x 257, 263-64 (3d Cir. 2004). Fu negata la certificazione della classe a causa dell'assenza di comunione di interessi tra i lavoratori.

fermieristico di un gruppo di ospedali.<sup>63</sup> Si tratta di lavoratori specializzati e ben pagati in segmenti di mercato particolari. Fuori da tale contesto non si rinvenivano azioni antitrust promosse da lavoratori ordinari: dato che le azioni antitrust dei lavoratori con esito positivo sono così rare non si neppure sviluppata una giurisprudenza in materia, il che rende l'esito di questo genere di controversie ancora più incerto.

Quello fin qui descritto era il quadro culturale e giuridico di fondo sino a qualche anno fa allorché, per varie ragioni, crollò il consenso di fondo sul fatto che i mercati del lavoro fossero concorrenziali.

Anzitutto, si è scoperto che note imprese della *Silicon Valley*, comprese *Apple* e *Google*, concludevano cartelli di non concorrenza con i quali si impegnavano a non assumere i rispettivi dipendenti<sup>64</sup>. Questa tipologia di accordo orizzontale rappresenta un'evidente violazione dello *Sherman Act* sicché le menzionate società sottoscrissero un accordo transattivo con il governo<sup>65</sup>. Tuttavia, la disinvoltura con cui queste grandi imprese, con uffici legali di alto livello, erano incorse in così eclatanti violazioni pare abbia allarmato le autorità competenti. Successivamente, infatti, sono state elaborate delle linee guida per gli uffici risorse umane, con l'avvertenza che anche gli accordi taciti di non assumere i dipendenti dei concorrenti sarebbero stati considerati illegali<sup>66</sup>. Nel 2016, il Consiglio dei Consulenti Economici della Casa Bianca [*White House Council of Economic Advisers, CEA*] e il Dipartimento Del Tesoro [*United States Department of the Treasury, USDT*] hanno emanato dei rapporti, segnalando i rischi di cartellizzazione dei mercati del lavoro<sup>67</sup>. Infine, all'inizio di quest'anno, il *DOJ* ha annunciato nuove

---

63 *Masters v. Wilhelmina Model Agency, Inc.*, No. 02 Civ. 4911, 2003 WL 145556, 5 (S.D.N.Y. Jan. 17, 2003). Le modelle hanno lamentato violazioni antitrust da parte delle loro agenzie.

64 *Garrison v. Oracle Corp.*, 159 F. Supp. 3d 1044, 1053-55 (N.D. Cal. 2016); *United States v. eBay, Inc.*, 968 F. Supp. 2d 1030, 1033 (N.D. Cal. 2013); *In re High-Tech Emp. Antitrust Litig.*, 985 F. Supp. 2d 1167, 1172-73 (N.D. Cal. 2013); *In re Animation Workers Antitrust Litig.*, 123 F. Supp. 3d 1175, 1181-84 (N.D. Cal. 2015).

65 van der Meulen, Morrison, 2018.

66 U.S. Department of Justice Antitrust Division & Federal Trade Commission, *Antitrust Guidance For Human Resource Professionals*, 2016. Testo disponibile al sito: <https://www.justice.gov/atr/file/903511/download>

67 White House, *Non-Compete Agreements: Analysis Of The Usage, Potential Issues, And State Responses*, 2016. Testo disponibile al: [https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/non-competes\\_report\\_final2.pdf](https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/non-competes_report_final2.pdf)

indagini penali su aziende sospettate di aver concluso accordi di non concorrenza<sup>68</sup>.

In secondo luogo, la recente scoperta che gli accordi di non concorrenza sono estremamente comuni e frequenti, anche tra i lavoratori con bassi salari, ha aumentato il sospetto che tali patti vengano utilizzati dai datori di lavoro per sfruttare il loro potere nel mercato del lavoro. Ad esempio, *Jimmy John's*, una catena *franchise* di *sandwich*, ha sistematicamente richiesto ai propri dipendenti con bassi salari di sottoscrivere patti di non concorrenza per disincentivarli dall'accettare proposte di lavoro di loro imprese concorrenti<sup>69</sup>. Nonostante i patti di non concorrenza fossero generalmente illegittimi ai sensi delle legislazioni statali, nondimeno gli stessi hanno probabilmente generato un effetto deterrente sui lavoratori che non possono accollarsi il costo dell'assistenza legale<sup>70</sup>. La conseguenza sugli impiegati di *Jimmy John's* era lo stesso di altri accordi di non concorrenza: mobilità occupazionale ridotta e possibile riduzione dei salari<sup>71</sup>. In seguito, gli studiosi hanno verificato che un consistente numero di lavoratori – compresi i lavoratori a basso reddito e relativamente poco qualificati – è vincolato da patti restrittivi. Secondo una ricerca, nel 2014 il 12% dei lavoratori che guadagnano meno di \$40.000 all'anno e con un'istruzione al di sotto del livello universitario era coperto da patti di non concorrenza. Inoltre, dal medesimo studio si è appurato che i lavoratori non hanno ricevuto alcun corrispettivo per la sottoscrizione di tali patti<sup>72</sup> il che implica condizioni monopsonistiche in quei mercati, con conseguenti danni ai lavoratori. Secondo un altro studio, il 24,5% dei lavoratori intervistati ha confermato di essere, o essere stato, vincolato da accordi di non concorrenza<sup>73</sup>. In relazione a ciò, grandi catene distributive, come *McDonald's*, hanno utilizzato questi accordi per ridurre la concor-

---

; U.S. Department of the Treasury, *Non-Compete Contracts: Economic Effects and Policy Implications*, 2016. Testo disponibile al sito: <https://www.treasury.gov/connect/blog/Pages/The-Economic-Effects-of-Non-compete-Agreements-.aspx>

68 Tyler, 2018.

69 Jamieson, 2014.

70 N.Y. State Office of the Attorney General, A.G. Schneiderman Announces Settlement with Jimmy John's to Stop Including Non-Compete Agreements in Hiring Packets, 2016. Testo disponibile al sito: <https://ag.ny.gov/press-release/2016/ag-schneiderman-announces-settlement-jimmy-johns-stop-including-non-compete>

71 V. nt. 22. Marx, Strumsky, Fleming, 2009. Nel 1985 il Michigan ha abrogato la sezione 145 della legge antitrust statale, la quale conteneva il divieto di clausole di non concorrenza. L'implicita accettazione di tali clausole è stata prontamente sfruttata dalle aziende. Gli a. hanno mostrato che la mobilità degli sviluppatori in Michigan è diminuita dopo questa modifica legislativa, se rapportata al resto degli Stati Uniti.

72 Starr, Prescott, Bishara, 2020.

73 Krueger, Posner, 2018.

renza tra i lavoratori dei *franchisees* affiliati, ed in alcuni mercati ciò ha determinato probabilmente un considerevole incremento del potere datoriale. Un'altra ricerca ha, poi, concluso che nel 2016 il 53,3% dei principali *franchisors* ha fatto ricorso ad accordi di non concorrenza, rispetto al 35,6% del 1996<sup>74</sup>. Da ultimo, notizie diffuse dai *media* confermano la diffusione di patti di non concorrenza e accordi di non assunzione ed un loro significativo effetto sulla mobilità occupazionale<sup>75</sup>.

In terzo luogo, gli economisti hanno iniziato a studiare il monopsonio nei mercati del lavoro. Un primo studio fondamentale fu quello di David Card e Alan Krueger, i quali constatarono che in *New Jersey* nel 1992 non vi fu correlazione i tassi di occupazione e l'aumento dei minimi salariali<sup>76</sup>. Mentre all'epoca tale conclusione risultò controversa, molti studi successivi sull'aumento dei minimi salariali, in altri Stati e in periodi differenti, sono giunti ad esiti simili<sup>77</sup>. Una possibile spiegazione di tale fenomeno è che i mercati del lavoro sono concentrati: se i datori di lavoro corrispondono ai lavoratori meno del loro prodotto marginale, allora l'incremento del salario minimo legale (se non eccessivo) non aumenta il tasso di disoccupazione. Sebbene vi siano altre possibili spiegazioni, l'ipotesi della sussistenza di un monopsonio ha ricevuto negli ultimi anni l'avallo di altri studi in cui economisti, adottando metodi differenti e banche dati prima non disponibili, hanno fornito evidenze aggiuntive a sostegno della generale concentrazione del mercato del lavoro<sup>78</sup>.

Quarto punto: il *trend* in direzione dell'aumento della concentrazione ha conferito ai datori di lavoro un grande potere contrattuale nei mercati del lavoro. Malgrado tale *trend* sia sotto gli occhi di tutti in svariati settori occupazionali<sup>79</sup> gli osservatori si sono focalizzati sui suoi possibili effetti sui mercati del prodotto ma non su quelli del lavoro. Ad esempio, gli analisti erano preoccupati che le concentrazioni nel settore del trasporto aereo – che dal 2000 ad oggi ha visto la riduzione del numero delle principali compagnie aeree americane da dieci a quattro – avrebbero potuto causare un aumento dei prezzi per i consumatori, ma non hanno considerato che si sarebbero potute verificare riduzioni dei salari dei piloti, degli assistenti di volo e dei meccanici<sup>80</sup>. Il consolidamento del settore ospedaliero ha destato preoccupazioni relative alla for-

---

74 Krueger, Ashenfelter, 2017.

75 Dougherty, 2017a. Dougherty, 2017b.

76 Card, Krueger, 1994.

77 Schmitt, 2013.

78 Azar, Marinescu, Steinbaum, 2020.

79 Eggertsson, Robbins, Wold, 2018. Grullon, Larkin, Michaely, 2019.

80 Prince, Simon, 2017.

mazione di condizioni monopsonistiche per il personale infermieristico, specialmente nelle piccole città e nelle aree rurali<sup>81</sup>. Il consolidamento industriale, poi, si è realizzato anche in molti altri settori meno rilevanti, dove le condizioni di lavoro sono severe e i salari bassi. Ad esempio, l'industria del confezionamento della carne ha visto susseguirsi una serie di concentrazioni<sup>82</sup> e, poiché molti stabilimenti si trovano in aree rurali distanti dove i mercati del lavoro sono concentrati, l'effetto sui salari potrebbe essere stato significativo. Infine, si sono registrati consolidamenti nel mercato del lavoro dei servizi *freelance*<sup>83</sup> e in quello delle agenzie di somministrazione.

Nonostante il governo e i privati possano contrastare il potere di mercato agendo in giudizio contro i datori di lavoro che fanno ricorso ad accordi di non concorrenza, e altre forme collusive, l'effetto di questo genere di azioni è limitato. Dopo tutto, se le concentrazioni che incrementano notevolmente il potere nel mercato del lavoro, salvo poche eccezioni, vengono di regola autorizzate, le imprese possono utilizzarle per ottenere condizioni monopsonistiche anche senza concludere accordi di non concorrenza. Infatti, dopo anni di controlli inefficaci, molti mercati del lavoro sono oramai concentrati e, dato l'attuale assetto della legislazione antitrust, i datori di lavoro possono permettersi di corrispondere ai lavoratori meno del loro prodotto marginale. In aggiunta, forme subdole di comportamenti anticoncorrenziali – come condotte parallele e coordinamenti impliciti – sono estremamente difficili da smascherare e spesso non sono neppure considerate come illegali<sup>84</sup>. La causazione di una serie di problemi analoghi nell'ambito dei mercati del prodotto ha indotto gli analisti a dare priorità a questi ultimi impedendo solo a tal fine concentrazioni e collusioni, senza considerare l'ipotesi che la concentrazione può incrementare il potere contemporaneamente sia nei mercati del prodotto che del lavoro riducendo i salari. Contrastando con maggior vigore le concentrazioni, i privati e le autorità antitrust possono frenare o bloccare l'eccessivo potere di mercato.

**2.1.** Il termine “monopsonio” fu coniato nel 1933 dall'economista inglese Joan Robinson con l'aiuto dello studioso B.L. Hallward<sup>85</sup>. Prima di allora, gli economisti che scrissero sulla struttura dell'industria si erano concentrati sul monopolio e sul potere nei mercati del prodotto. Era chiaro da tempo che grandi gruppi societari, come lo *Standard Oil*,

---

81 Currie, Farsi, MacLeod, 2005.

82 Doering, 2014.

83 Rowley, 2018.

84 *Bell Atl. Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544, 554 (2007). *La sola condotta parallela non è sufficiente ad azionare una pretesa violazione dello Sherman Act.*

85 Robinson, 1933. Thornton, 2004.

avevano monopolizzato beni e servizi. La Robinson intuì che le imprese esercitavano il potere di mercato anche dal “lato del compratore”, ossia nell’acquisizione di fattori produttivi, come materie prime, servizi e lavoro<sup>86</sup>. Infatti, il potere monopsonistico era diffuso tanto quanto il potere monopolistico, sebbene più difficile da rilevare.

Per il vero, ben prima del libro della Robinson i critici del capitalismo, come Karl Marx, avevano denunciato che i datori di lavoro “sfruttavano” i lavoratori sottopagandoli, imponendo loro condizioni di lavoro al di sotto degli standard minimi e ostacolando la formazione di sindacati<sup>87</sup>. Secondo la visione di Marx, i datori di lavoro mantenevano i salari bassi approfittando dell’“esercito industriale di riserva” dei disoccupati<sup>88</sup> e, poiché gli individui cercano disperatamente un’occupazione, i datori di lavoro potevano fissare i salari al di sotto del valore del loro lavoro, ossia al livello della loro “forza-lavoro” (il minimo necessario per continuare a lavorare)<sup>89</sup>. Il risultante “plusvalore” ricavato dal datore di lavoro corrispondeva a ciò che Marx chiamava “sfruttamento”. L’analisi della Robinson sui mercati del lavoro monopsonistici ha fornito una formulazione più rigorosa del problema del potere datoriale. La studiosa inglese ha evidenziato che se i mercati del lavoro sono perfettamente concorrenziali, i datori di lavoro non possono sfruttare i lavoratori (nel senso inteso da Marx), perché quelli pagati solo quel tanto che basta per sopravvivere sarebbero in grado di vendere il loro lavoro a fronte di salari più alti<sup>90</sup>. Dal momento che i mercati del lavoro possono non essere competitivi, quando non lo sono gli esiti per i lavoratori sono simili a quelli descritti da Marx: disoccupazione eccessiva, divario permanente tra salari e produttività dei lavoratori, pessime condizioni di lavoro e dominio dei datori di lavoro sui lavoratori<sup>91</sup>.

La terminologia della Robinson fu poi adottata da alcuni economisti del lavoro della scuola istituzionalista. Nel 1946 Lloyd Reynolds, uno dei padri dell’economia del lavoro, pubblicò due articoli estremamente rilevanti: *The Supply of Labor to the Firm e Wage differences in Local Labor Markets*<sup>92</sup>. In entrambi venivano enucleate le caratteristiche empiriche del mercato del lavoro (come le differenze salariali tra lavoratori simili all’interno di un mercato del lavoro locale) coerenti con il potere datoriale nel mercato del lavoro. Si può dire che Reynolds ha anticipato praticamente tutti i moderni modelli

---

86 Robinson, 1933, 292-304.

87 Marx, 1867, 320-329, 353-67.

88 Marx, 1867, 784. Engels, 1844. Marx, Engels, 1848.

89 Marx, 1867, 789-94.

90 Robinson, 1933, 281-83.

91 Robinson, 1933, 284. Cfr. Becker, 1957.

92 Reynolds, 1946a. Reynolds, 1946b.

matematici del monopsonio, inclusi quelli sulla concentrazione datoriale, le asimmetrie di ricerca e informative, e la differenziazione dei benefici non salariali.

Alcuni studiosi credono che tratti del sistema feudale, veicolati attraverso il diritto comune, potrebbero aver consentito ai datori di lavoro di acquisire e mantenere il potere monopsonistico, ritardando lo sviluppo di rimedi legali appropriati<sup>93</sup>. In Gran Bretagna, ad esempio, elementi anticoncorrenziali nelle relazioni di lavoro sono fatti risalire agli Statuti dei Lavoratori del 1351<sup>94</sup>, in quanto talune disposizioni di essi vietavano ai datori di lavoro di attirare lavoratori altrui e criminalizzavano l'abbandono del datore di lavoro senza permesso. Nel dopoguerra, nel sud degli Stati Uniti queste dottrine furono rispolverate come basi del diritto del lavoro da Jim Crow<sup>95</sup>, mentre a nord furono utilizzate dalle Corti per resistere al nascente movimento sindacale<sup>96</sup>. Successivamente, gli attivisti sindacali del diciannovesimo secolo individuarono nel potere datoriale la giustificazione per la contrattazione collettiva e la legislazione lavoristica, rimedi per abolire la "schiavitù salariale", in analogia con la schiavitù proprietaria<sup>97</sup>.

Nonostante la previsione di Marx secondo cui la crescente concentrazione dei mercati, alimentata dal capitalismo, avrebbe innescato la transizione rivoluzionaria al socialismo, l'effetto principale fu invece la sindacalizzazione che, pur essendo spesso militante, si concentrò sul miglioramento dei salari e delle condizioni di lavoro. Negli Stati Uniti, il governo inizialmente resistette al movimento sindacale, spesso con repressioni violente, ma alla fine lo accettò<sup>98</sup> e sotto la pressione delle organizzazioni sindacali<sup>99</sup> furono emanate leggi per tutelare i lavoratori da bassi salari, orari eccessivi, luoghi di lavoro pericolosi, e altri abusi, altresì proteggendo le organizzazioni sindacali dall'interferenza datoriale.

La natura dal basso delle organizzazioni dei lavoratori probabilmente spiega la significativa divergenza nel modo in cui il diritto affronta il problema del potere di mercato: nonostante la legislazione antimonopolistica (lo *Sherman Act* del 1890) fosse formalmente riferibile tanto ai mercati del lavoro quanto a quelli del prodotto, essa è stata ra-

---

93 Orren, 1991. Tomlins, 1993, 223-31.

94 *Statute of Labourers 1351*, 25 Edw. 3 c. 1-7 (Eng.); *Ordinance of Labourers 1349*, 23 Edw. 3 c. 1-7 (Eng.). N.d.t.: si rinvia a M. Dobb, *Problemi di storia del capitalismo*, Editori Riuniti, IV ed., 1972, p. 56.

95 Naidu, 2010.

96 Naidu, Yuchtman, 2016.

97 Gourevitch, 2014.

98 Montgomery, 1987.

99 Samuel, 2010.

ramente utilizzata per proteggere i lavoratori. Al contrario, il diritto antitrust si è concentrato solo sui mercati del prodotto, mentre il diritto del lavoro e il diritto sindacale si sono occupati del potere datoriale nei mercati del lavoro. Queste due tradizioni si sono sviluppate in parallelo per un intero secolo, senza entrare quasi mai in contatto.

Tale biforcazione del diritto ha altresì condotto ad una divisione della teoria economica. Per inquadrare la monopolizzazione dei mercati del prodotto, gli economisti hanno sviluppato il ramo dell'economia industriale, che cerca di spiegare come il potere di mercato ne danneggi la struttura; per affrontare gli abusi nel mercato del lavoro, hanno sviluppato il campo dell'economia del lavoro, che si concentra sull'azione sindacale e sulla regolazione dei rapporti di lavoro. Questo duplice binario nel diritto e nella teoria economica potrebbe essere alla base della presunzione secondo cui i mercati del lavoro sono concorrenziali e, pertanto, non necessitano della legislazione antitrust.

Ad ogni modo, il diritto del lavoro e il diritto sindacale hanno fallito il raggiungimento di molti dei loro obiettivi, con il risultato che il potere datoriale nel mercato del lavoro rappresenta tuttora un problema significativo, e forse lo è addirittura più che durante la parte centrale del secolo scorso. A partire dagli anni Settanta, e in misura crescente negli anni Ottanta e Novanta, le politiche pubbliche si sono rivoltate contro il diritto del lavoro e sindacale. Inoltre, la rivoluzione "neoliberale" ha dato voce alle frustrazioni provocate dalla rigidità e obsolescenza del diritto sindacale tradizionale, nonché alle distorsioni provocate dai sindacati che faticavano a adattarsi ai cambiamenti tecnologici e di contesto. Tuttavia, anziché adeguare la legislazione sindacale o le organizzazioni sindacali alle nuove sfide della globalizzazione e digitalizzazione, si è preferito dismettere le esistenti protezioni in favore dei lavoratori ed emanare legislazioni antisindacali.

Con il declino dei sindacati, comunque, i mercati del lavoro non hanno perso le loro rigidità: al contrario, il potere datoriale è sembrato aumentare. La contestualità del declino delle organizzazioni sindacali e della crescita del potere datoriale dimostra la falsità della convinzione neoliberale secondo cui i sindacati, e non i datori di lavoro, sono la principale fonte di cartellizzazione dei mercati del lavoro. Ciò ha indotto gli economisti a rivedere la presunzione della perfetta concorrenza.

**2.2.** Gli economisti hanno identificato numerose cause del potere datoriale nel mercato del lavoro. Sono le stesse individuate negli studi sui mercati del prodotto, ove hanno ricevuto un'analisi approfondita, e pertanto le introdurremo da tale prospettiva.

Nei mercati del prodotto ci sono tre ostacoli principali alla concorrenza. Primo, la "concentrazione di mercato", che si ha quando ci sono pochi venditori, di solito all'esito di rendimenti di scala, costi fissi alti o effetti di rete. Secondo, la "differenziazione dei prodotti", che si manifesta quando beni o servizi non sono fungibili: le differenze tra i prodotti, ostacolandone il confronto, riducono la concorrenza. Terzo, le "asimmetrie informative", che rendono difficile (per i consumatori) la comparazione dei prodotti e l'individuazione dell'offerta migliore. Nella letteratura e nei casi giurisprudenziali relativi ai mercati del prodotto, un ruolo primario nelle analisi è occupato dalla concentrazione di mercato, mentre la differenziazione riceve una minore attenzione, seguita dalle asimmetrie informative.

Di contro, le asimmetrie informative hanno avuto un ruolo centrale nella letteratura sui mercati del lavoro, e ciò a partire dagli studi di Peter Diamond, Dale Mortensen e Christopher Pissadires, che sono valse loro il premio Nobel<sup>100</sup>. Successivamente, nel 1998 Kenneth Burdett e Dale Mortensen hanno teorizzato un modello per i mercati del lavoro con un grande numero di lavoratori e di imprese identici, in cui il potere monopsonistico dei datori di lavoro era provocato dalle asimmetrie informative<sup>101</sup>. Da ultimo, la ricerca pionieristica, teorica ed empirica di Alan Manning, culminata nel suo influente libro *Monopsony in Motion* del 2003, ha mostrato una grande varietà di evidenze a sostegno di ciò che è noto come modello dinamico del monopsonio<sup>102</sup>. Tale modello presuppone che i lavoratori debbano spendere tempo ed energie per trovare un lavoro; il datore di lavoro, consapevole del costo che il proprio dipendente deve sopportare per ricercare un'occupazione alternativa, può ridurre il corrispettivo – inclusi salari, *benefits* e altri servizi di welfare – o non aumentarlo, a prescindere dall'apporto del lavoratore.

Negli ultimi anni gli economisti del lavoro hanno posto l'attenzione sui benefici non salariali, che nei mercati del lavoro sono l'equivalente della differenziazione di prodotto<sup>103</sup>. Si pensi a due posti di lavoro identici, in relazione ai quali i datori di lavoro cercano di disincentivare i rispettivi dipendenti dall'andarsene. Per fare ciò, uno potrebbe

---

100 Albrecht, 2011.

101 Burdett, Mortensen, 1998.

102 Manning, 2003. Manning, 2011.

103 Bhaskar, To, 1999.

offrire un beneficio non salariale desiderato dai suoi dipendenti: un'area caffè, una sala yoga o degli spogliatoi. Sebbene possano apparire superflui, in realtà molti benefici non salariali sono estremamente significativi, anche se meno evidenti, in quanto *omissioni* piuttosto che *azioni positive*: molti posti di lavoro impongono orari particolari, condizioni pessime o mansioni pericolose; la sola assenza di questi "non-benefici" li rende già più attrattivi. Altri, ad esempio, possono sorgere naturalmente: la collocazione geografica favorevole, la vicinanza a ristoranti o ad altre attività della zona. Come evidenziato sopra, benefici salariali differenti creano asimmetrie informative e, al contempo, rendono più difficile per i lavoratori confrontare le imprese. Infatti, alle persone importa dell'ambiente di lavoro (se i colleghi sono motivati e impegnati, o sono amichevoli e rilassati, o ancora giovani o vecchi) e, da questo punto di vista anche datori di lavoro apparentemente molto simili, come gli studi legali, possono rivelarsi nel concreto molto differenti. Vedremo in seguito che ci sono buone ragioni per credere che tale differenziazione sia più marcata nei mercati del lavoro e che, quindi, essi tendono ad essere più ristretti dei mercati del prodotto.

L'ultima e più trascurata causa del potere datoriale nel mercato del lavoro è la concentrazione di mercato, esito di economie di scala, effetti di rete, costi fissi e altri fattori. L'idea di base risiede nel fatto che in svariati settori un'impresa con molti dipendenti può produrre beni e servizi in modo più efficiente – ad un costo minore per unità di prodotto – rispetto alle imprese di dimensioni minori.

Il nostro discorso potrebbe finora dare l'impressione che i mercati del lavoro e i mercati del prodotto siano simili: entrambi, e per le stesse ragioni, sono soggetti al potere di mercato (monopsonio nel primo caso, monopolio nel secondo). Nondimeno, grazie a vasta letteratura economica, vi è ragione di credere che i mercati del lavoro siano più esposti al monopsonio rispetto ai mercati del prodotto al monopolio. Tale filone, per cui Lloyd Shapley e Alvin Roth furono insigniti del Premio Nobel, enfatizza l'importanza del momento di incontro tra domanda e offerta (*matching*) nei mercati del lavoro. Lo snodo cruciale è che nei mercati del lavoro, diversamente dai mercati del prodotto, le preferenze di entrambe le parti condizionano la desiderabilità della transazione.

Si confronti l'acquisto di un'automobile con la ricerca di un'occupazione. Entrambe sono attività importanti, scelte ad alto rischio da prendere con cautela. Vi è, però, una differenza fondamentale: nella vendita di auto, solo il compratore guarda alla qualità, alla natura e alle caratteristiche del prodotto, mentre al venditore non interessa nulla del compratore o (nella maggior parte dei casi) di ciò che vorrà fare con l'auto. Nel rapporto di lavoro, il datore di lavoro è interessato all'identità e alle caratteristiche del lavoratore e viceversa: la complessità corre in entrambe le direzioni. I datori di lavoro

ricercano lavoratori che non siano solo qualificati, ma abbiano anche competenze e doti che corrispondano alla cultura e alle proprie esigenze. Allo stesso modo, i lavoratori cercano un ambiente e condizioni di lavoro che siano un buon compromesso per soddisfare bisogni, aspirazioni ed esigenze familiari. Il rapporto di lavoro si instaura solo quando questi due insiemi di preferenze e requisiti si “incontrano”.

Questa doppia differenziazione spiega perché i lavoratori poco qualificati sono maggiormente esposti al potere monopsonistico rispetto ai lavoratori altamente qualificati, nonostante siano forse meno differenziati. I lavoratori poco qualificati, infatti, hanno un minore accesso ai trasporti, al mercato immobiliare, ad opzioni di assistenza ai figli, ad offerte di lavoro, e sono quindi maggiormente legati a reti locali ed informali; tali elementi rendono i posti di lavoro meno sostituibili e i datori di lavoro più differenziati.

Ad ogni modo, questo duplice insieme di preferenze rilevanti dimostra che i mercati del lavoro sono doppiamente differenziati dalle preferenze idiosincratichette di entrambe le parti. In un certo senso, il doppio binario “eleva al quadrato” la differenziazione normalmente presente nei mercati del prodotto, restringendo ulteriormente i mercati del lavoro. Ne consegue che il costo di concludere la transazione - in relazione ai benefici della stessa - è mediamente più alto nei mercati del lavoro che nei mercati del prodotto, in quanto le persone non sono intercambiabili come i prodotti.

Le asimmetrie nel processo di incontro tra domanda e offerta generano e rinforzano la natura tipicamente durevole dei rapporti di lavoro - in confronto alla maggioranza degli acquisti di prodotti - e ciò comporta una significativa rigidità all'interno della relazione. Nel nostro mondo sempre più digitalizzato e globalizzato, i prodotti vengono facilmente distribuiti attraverso i Paesi, le persone no. Sebbene viaggiare sia più facile rispetto al passato e il lavoro a distanza sia diventato più comune, i mercati del lavoro sono rimasti altamente locali, mentre i mercati del prodotto sono regionali, nazionali o perfino globali<sup>104</sup>. Molti impieghi richiedono ancora la vicinanza fisica al datore di lavoro, il che restringe notevolmente la portata geografica della maggior parte dei mercati del lavoro dato che molti lavoratori non sono disposti ad allontanarsi. Le famiglie composte da due redditi complicano ulteriormente il quadro, poiché ciascun coniuge deve trovare un'occupazione nella medesima area dell'altro, assottigliando ancor di più il mercato. L'insieme di questi fattori rende i mercati del lavoro naturalmente più esposti al potere monopsonistico, in misura maggiore rispetto a quanto la grande maggioranza dei mercati del prodotto lo sono nei confronti del monopolio.

---

104 Manning, Petrongolo, 2017.

**2.3.** Le dinamiche del potere datoriale nel mercato del lavoro e i relativi danni sono strettamente analoghi a quelli spiegati dalla teoria del monopolio nel mercato del prodotto. L'impresa è monopolista quando non deve assumere i prezzi del mercato come dati, ma può alzarli per aumentare i profitti, anche a discapito di un calo di domanda. Per scegliere il prezzo ottimale, l'impresa si trova di fronte ad una *trade-off*: l'aumento del prezzo riduce le vendite, ma allo stesso tempo incrementa i ricavi per ciascuna unità di prodotto venduta; più alto è il prezzo fissato dall'impresa, più è costoso perdere la domanda aggiuntiva, poiché ogni vendita è molto redditizia. Alla fine, l'impresa si assesta in un punto di equilibrio, ove il valore delle vendite perse a causa dell'aumento del prezzo è equivalente all'incremento dei profitti derivati da ciascuna unità di prodotto venduta al prezzo più alto, e ciò rappresenta il "prezzo ottimale monopolistico". Il margine di profitto finale dell'impresa sarà allora la differenza tra questo prezzo e i costi complessivamente sostenuti. Il *mark up* ("rialzo") corrisponde alla differenza tra prezzo monopolistico e prezzo concorrenziale e, come vedremo in seguito, funge da indicatore del potere di mercato.

Una scelta simile tra profitto per unità di prodotto e numero di unità vendute è riferibile anche alle imprese che, pur non propriamente monopoliste, incidono sulla determinazione dei prezzi. Si può dire, infatti, che ogni impresa con un certo grado di potere di mercato è "monopolista", anche se quest'ultimo potrebbe essere ristretto o in diretta concorrenza con altri.

L'analisi del monopsonio nei mercati del lavoro è speculare. In un mercato del lavoro concorrenziale, le imprese fissano i salari dei dipendenti al livello del loro ricavo marginale del prodotto, ossia il ricavo generato dall'impiego di un lavoratore aggiuntivo. Quando un datore di lavoro è in condizioni monopsonistiche, deve considerare che per assumere un lavoratore aggiuntivo dovrà aumentare i salari dei dipendenti già in forza e, così facendo, aumenterà i costi complessivi del lavoro (il salario più alto per il dipendente aggiuntivo è fondamentale per attrarre la persona o magari per compensarla di un tragitto più lungo, e l'incremento dei salari degli altri dipendenti è normalmente dovuto, in quanto il datore di lavoro non può riservare trattamenti retributivi differenti ai propri lavoratori). Al contrario, se un datore di lavoro abbassa i salari, anche se perderà alcuni dipendenti, potrà ridurre il monte salariale dei lavoratori già impiegati. Come nel caso del monopolio, il monopsonista non internalizzerà questo effetto sui lavoratori e opterà per un *absolute markdown* ("ribasso assoluto") dei salari al di sotto del ricavo marginale del prodotto. Nel prosieguo utilizzeremo il *mark down* ("ribasso") per riferirci al ribasso assoluto in proporzione al salario, che ben potrebbe essere maggiore del 100% (il ricavo marginale del prodotto potrebbe essere maggiore del doppio del salario). Come per le imprese dominanti sul mercato del prodotto, il datore di lavoro

potrebbe non avere un “monopsonio” su un mercato facilmente descrivibile, ma, finché non perde l’intera forza lavoro abbassando di poco il suo salario, detiene un certo potere di mercato.

A questo punto, dobbiamo purtroppo introdurre due termini tecnici. Gli economisti usano il concetto di *elasticità* per riferirsi alla sensibilità con cui un fattore reagisce ad un altro: l’elasticità dell’offerta di lavoro è la sensibilità con cui i lavoratori reagiscono alle variazioni dei salari<sup>105</sup>. Supponiamo che i salari si riducano di una certa quantità e tutti i lavoratori si dimettano: l’elasticità dell’offerta di lavoro corrisponde all’infinito. Se invece nessuno si dimette, l’elasticità dell’offerta di lavoro è zero. L’elasticità, quindi, può variare da zero a infinito; secondo l’opinione comune, si attesta intorno allo 0.5, il che denota un elevato tasso di rigidità<sup>106</sup>. Intuitivamente, ciò significa che le persone tendono a non dimettersi anche quando i salari diminuiscono: hanno bisogno di mantenersi.

Il secondo concetto è l’elasticità *residuale* dell’offerta di lavoro, intendendosi con essa la sensibilità con cui i lavoratori reagiscono ai mutamenti salariali in una particolare *impresa*. Si pensi ad un programmatore di *Google* che, alla minima diminuzione del salario, si dimette per spostarsi ad *Apple*; in questo caso, l’elasticità residuale dell’offerta di lavoro corrisponde ad infinito. Se il programmatore non fosse in ogni caso disposto a dimettersi, anche a seguito di una riduzione significativa dei salari, il livello di elasticità dell’impresa sarebbe vicino allo zero. Come l’elasticità dell’offerta di lavoro (talvolta denominata elasticità aggregata dell’offerta di lavoro per distinguerla dall’elasticità residuale dell’offerta di lavoro), l’elasticità residuale dell’offerta di lavoro può cadere ovunque all’interno di questo *range*, sebbene non possa mai essere al di sotto dell’elasticità (aggregata) dell’offerta di lavoro per la categoria di lavoratori rilevante. Questo parametro varia molto a seconda dell’industria: dall’essere vicino allo 0,5 (o più basso, se i lavoratori sono particolarmente rigidi) a, come vedremo dopo, 5, 10 o più.

L’elasticità residuale dell’offerta di lavoro è un parametro semplice per misurare il potere nel mercato del lavoro di un’impresa: se i lavoratori non si dimettono in seguito all’abbassamento significativo dei salari (elasticità bassa), si evince che l’azienda esercita un significativo potere di mercato sui lavoratori. Inoltre, questo valore è rilevante ai sensi della legislazione antitrust: se l’elasticità residuale dell’offerta di lavoro che un’impresa affronta è alta, allora il mercato del lavoro da cui l’impresa attinge è concorrenziale, e l’impresa non può “sfruttare” i lavoratori; se è bassa, i lavoratori neces-

---

105 Borjas, 2010.

106 Chetty, 2012. Keane, Rogerson, 2015.

sitano di protezione.

Le conseguenze economiche del potere datoriale nel mercato del lavoro sono analoghe a quelle del potere nel mercato del prodotto. Quest'ultimo ha due effetti noti: redistribuisce ricchezza dai consumatori alle imprese (i consumatori devono pagare di più per i prodotti e le imprese incamerano maggiori profitti) e crea perdite o perdite secche, in quanto alcuni consumatori sono disposti a pagare il prezzo di efficienza (costo marginale) che l'impresa applicherebbe in un mercato concorrenziale, ma non il prezzo più alto fissato dal monopolista.

Parimenti, il potere monopsonistico ha due effetti: determina l'abbassamento dei salari, che redistribuisce ricchezza dai lavoratori ai datori di lavoro, e crea perdite, poiché alcuni lavoratori sono disposti a lavorare se il datore di lavoro corrisponde per intero il loro ricavo marginale del prodotto, ma non lo sono se retribuiti al salario monopsonistico ribassato. Considerando tali salari inaccettabili, alcuni escono dalla forza lavoro oppure rifiutano le occupazioni disponibili, il che comporta l'incremento di disoccupati e disoccupati inattivi.

Si noti, poi, che le perdite create dal monopsonio (e dal monopolio), contrariamente agli effetti redistributivi, dipendono in modo cruciale dall'incapacità delle imprese di corrispondere (vendere) tariffe differenti ai lavoratori (consumatori). Se un datore di lavoro potesse pagare al lavoratore poco più di quanto potrebbe percepire altrove, allora ogni lavoratore riceverebbe uno stipendio diverso (ponderato sul valore delle altre opzioni, che a loro volta possono riflettere connessioni con l'economia locale e simili), e l'impresa potrebbe assumere ogni lavoratore il cui ricavo marginale del prodotto sia superiore al suo salario. Tuttavia, i datori di lavoro non possono praticare discriminazioni salariali in modo così efficiente: hanno poche informazioni riguardo le alternative dei lavoratori e sono dissuasi dalle norme sulla parità salariale<sup>107</sup>. Ancora una volta, il mercato del prodotto offre una lezione utile, poiché l'analoga discriminazione dei prezzi da parte dei venditori è difficile e rara. Ciononostante, l'emergere di sofisticati algoritmi predittivi applicati a vaste banche dati di risorse umane e ai dati dei social network ("people analytics") suggerisce che la capacità di discriminare i salari potrà essere sviluppata in futuro<sup>108</sup>.

Ulteriormente, il potere monopsonistico crea ulteriori effetti negativi. In primo luogo, nella misura in cui il grado del potere monopsonistico differisce tra i vari datori di la-

---

107 Card, Mas, Moretti, Saez, 2012. Card, Cardoso, Kline, 2016.

108 Rombaut, Guerry, 2017.

voro, conduce altresì a casi di allocazione occupazionale inefficiente: i lavoratori potrebbero essere più produttivi presso il datore di lavoro A, che detiene un forte potere nel mercato del lavoro, rispetto al datore di lavoro B, che ne ha poco; tuttavia, visto che B offre salari più alti a causa del fatto che detiene un potere limitato, i lavoratori potrebbero scegliere di lavorare per B, abbassando la produttività complessiva dell'economia. La cattiva allocazione potrebbe poi essere un problema particolarmente grave a causa della "bidirezionalità" del momento di incontro tra domanda e offerta di lavoro discusso in precedenza: se l'incontro tra lavoratori e imprese genera benefici specifici, il monopsonio può distorcere quali imprese assumono determinati lavoratori, e ciò abbasserà l'efficienza allocativa del mercato<sup>109</sup>.

Secondariamente, i datori di lavoro potrebbero decurtare i benefits, invece che i salari, per trarre vantaggio dai lavoratori più legati al posto di lavoro. L'impresa non ha l'esigenza di dover cercare di trattenere questi dipendenti, e così potrebbe degradarne le condizioni di lavoro, puntando invece a compensare solo i dipendenti che teme di perdere<sup>110</sup>.

In terzo luogo, il monopsonio alza anche i prezzi per i consumatori. Ciò potrebbe apparire controintuitivo: dalla riduzione dei salari dei lavoratori non dovrebbero conseguire prezzi più bassi per i consumatori?

La risposta è, comunque, "no". Per comprendere ciò, basti considerare che se le imprese impiegano meno lavoratori, questi produrranno meno *output*, derivandone prezzi più alti. Quando l'impresa *abbassa* i salari ai dipendenti, il costo che l'impresa deve sopportare per *assumere* un altro lavoratore cresce, dal momento che ora l'impresa è consapevole che, quando assume un lavoratore ulteriore, dovrà pagare di più anche il resto dei dipendenti. Questo è il costo marginale complessivo di un lavoratore aggiuntivo – non solo, quindi, il singolo salario – che l'impresa contabilizza e trasmette ai consumatori in termini di prezzi più alti, non più bassi<sup>111</sup>. Ciò può sembrare paradossale, ma è semplicemente il risvolto di una nota caratteristica del controllo monopolistico nei mercati del prodotto, ossia che il monopolista impiega un numero inferiore di lavoratori e li paga meno di un'impresa in regime concorrenziale. Ancora una volta, monopolio e monopsonio sono due facce della stessa medaglia, e sono entrambi dannosi

---

<sup>109</sup> Dupuy, Galichon, Jaffe, Kominers, 2020.

<sup>110</sup> Michael Spence ha evidenziato una distorsione analoga nel mercato dei prodotti. Spence, 1975.

<sup>111</sup> Tuttavia, se il mercato dei prodotti è competitivo, i prezzi per i consumatori non aumenteranno, poiché le vendite ridotte dell'impresa monopsonista saranno sostituite dalle vendite di nuove imprese che entrano nel mercato.

per i mercati del lavoro e del prodotto<sup>112</sup>.

Quarto, proprio per quest'ultima ragione, il potere monopsonistico rinforza ed accresce il potere monopolistico. Entrambi possono essere visti, ad un livello di astrazione più alto, come due modi per i proprietari del capitale di spremere i lavoratori, riducendo i ritorni al lavoro produttivo e gli *output* dell'economia. Il ribasso dei salari causato dal monopsonio e il rialzo dei prezzi provocato dal monopolio sono simili alle tasse: costi che gli individui devono sostenere per condurre la loro vita quotidiana come produttori e consumatori. La differenza è che questi introiti non sono destinati ai governi per varare misure di vario genere, ma alle imprese e, in definitiva, agli investitori. Inoltre, non stimolano gli investimenti, non favoriscono la crescita economica - dato che dipendono soprattutto dalla scelta dei *managers* di lasciare capitale inattivo per ottenere potere di mercato - e, allo stesso tempo, spingono i lavoratori ad uscire dalla forza lavoro e ad accedere a programmi di welfare finanziati dai contribuenti<sup>113</sup>.

**2.4.** Negli ultimi due decenni sono state raccolte evidenze empiriche secondo cui mercati del lavoro, specialmente quelli relativi ai lavoratori con bassi salari, sono monopsonistici. Tali studi sono stati effettuati su mercati molto diversi, e tendono a mostrare che le elasticità residuali del mercato del lavoro sono estremamente basse. Occorre riconoscere che, all'inizio, queste ricerche si sono scontrate con difficoltà di ordine metodologico considerevoli. La misurazione ideale sarebbe un esperimento su larga scala che stimi l'elasticità dell'offerta di lavoro affrontata da un'impresa, ma, per fare ciò, bisognerebbe convincere il datore di lavoro a randomizzare i salari che offre. Un gruppo di studiosi ha condotto questo tipo di esperimento e ha stimato un'elasticità residuale del mercato del lavoro di 2.15; tale studio, però, ha preso in considerazione i dipendenti del governo messicano e, pertanto, i risultati potrebbero non essere significativi per gli Stati Uniti<sup>114</sup>. Visto che finora si è rivelato difficile convincere le imprese

---

112 O si consideri la spiegazione seguente del fatto per cui i salari ridotti non conducono a prezzi inferiori per i consumatori. Si immagini che un datore di lavoro decida di adottare metodi di costrizione illegali per ridurre il costo del lavoro dei propri dipendenti (ad esempio, legandoli alle scrivanie o alle linee di montaggio minacciandoli di lavorare di più). È ovvio che, inizialmente, questo datore di lavoro ridurrà il suo costo del lavoro. Ciò significa che potrebbe ridurre i prezzi e, quindi, incrementare i profitti e la propria quota di mercato, mettendo fuori mercato le aziende rivali che non praticino simili abusi. Ad ogni modo, il monopsonista non può perseguire questa strategia, in quanto deve assumere lavoratori con il loro consenso, ma può farlo offrendo salari inferiori, il che significa che solo pochi lavoratori (solo quelli con aspettative salariali basse) lavoreranno per lui. Ne risulta che la sua produzione diminuirà, con conseguente riduzione dell'offerta complessiva nel mercato del prodotto e aumento del prezzo.

113 Weissmann, 2013.

114 Dal Bó, Finan Rossi, 2013.

statunitensi a randomizzare i salari, i ricercatori si sono affidati ad una serie di esperimenti e osservazioni indirette.

Lo studio di Card e Krueger sugli effetti del salario minimo legale ha per primo spinto all'utilizzo del modello del monopsonio per spiegare le dinamiche del mercato dei lavoratori poco qualificati<sup>115</sup>.

L'opinione comune degli economisti di allora era fondata sulla presunzione secondo cui i lavoratori poco qualificati sono normalmente pagati ad un corrispettivo competitivo e, di conseguenza, le legislazioni sul salario minimo riducono i posti di lavoro. Più in dettaglio, in un dato mercato, ad esempio in una città, ci sono molti datori di lavoro interessati ad assumere manodopera non qualificata, come custodi, guardie di sicurezza, preparatori di panini e così via. L'ampiezza delle opportunità di impiego minimizza il potere di mercato dei datori di lavoro, che corrispondono un salario equivalente al prodotto marginale dei lavoratori. Se una legge li costringesse ad alzare i salari, essi dovrebbero licenziare ogni lavoratore il cui prodotto marginale è inferiore al minimo di legge oppure riportare delle perdite. Contrariamente alle aspettative, Card e Krueger non hanno riscontrato questo effetto e ciò li portò a concludere che i datori di lavoro potevano assorbire i livelli salariali più elevati perché i lavoratori erano pagati meno del loro prodotto marginale. Numerosi studi hanno tentato di replicare ai loro risultati, troppi per discuterne qui. Viceversa, molte ricerche hanno fornito consistenti conferme. Ad esempio, Arindrajit Dube, Suresh Naidu e Michael Reich hanno mostrato che la legislazione sul salario minimo di San Francisco ha alzato i salari e diminuito il *turnover*, senza portare ad una riduzione del tasso di impiego<sup>116</sup>. In un recente studio, Dube, Reich e William Lester hanno ampliato l'analisi all'intero mercato del lavoro statunitense, evidenziando come la legislazione sui minimi aumenti i salari, senza ridurre il tasso di impiego complessivo<sup>117</sup>.

La curva dell'offerta di lavoro affrontata dalle imprese è rappresentata da flussi in entrata ("assunzioni") e in uscita ("riserve"). La sensibilità di questi flussi alle dinamiche salariali rispecchia l'elasticità residuale dell'offerta di lavoro affrontata dall'impresa. Manning, uno dei primi teorici del modello empirico del monopsonio, ha evidenziato che negli Stati Uniti e in Gran Bretagna, a fronte di incrementi salariali i recessi diminuiscono e le assunzioni aumentano, mentre le elasticità correlate sono inferiori

---

115 Card, Krueger, 1994.

116 Dube, Naidu, Reich, 2007.

117 Dube, Lester, Reich, 2016.

rispetto a quanto ci si possa aspettare in un modello perfettamente competitivo<sup>118</sup>. Purtroppo, la sua analisi empirica è stata ostacolata dalla limitatezza dei dati, cosa che ha generato una serie di malintesi.

Alcuni di questi limiti sono stati superati da Douglas Webber grazie all'utilizzo dei dati *LEHD* dell'Ufficio del Censimento degli Stati Uniti, che contengono informazioni dettagliate riguardanti i lavoratori e coprono quasi tutti le occupazioni non agricole<sup>119</sup>. Tra questi dati vi sono i salari esito dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro che, controllando a monte gli effetti fissi sui lavoratori ed eliminando alcune caratteristiche endogene dei salari (ad esempio, le qualifiche dei lavoratori), consentono di stimare l'impatto dei salari corrisposti da un'impresa sul tasso di assunzioni e recessi. Escludendo, quindi, le variabili costanti per lavoratori e imprese, Webber ha stimato un'elasticità residuale dell'offerta di lavoro di 1,08. In un successivo articolo, lo stesso autore ha evidenziato che le donne hanno una mobilità occupazionale inferiore rispetto agli uomini: la elasticità residuale dell'offerta di lavoro delle prime è inferiore dello 0,15 rispetto ai secondi, ed anche ciò contraddice la presunzione della competitività dei mercati del lavoro<sup>120</sup>. In regime concorrenziale, infatti, le imprese corrisponderebbero lo stesso salario competitivo a parità di qualifica, indipendentemente dal genere. Inoltre, Dube e altri coautori hanno condotto una metanalisi sulle variazioni dei salari offerti sulla piattaforma *Amazon Mechanical Turk*, documentando elasticità dell'offerta di lavoro sorprendentemente basse (inferiori a 0,5), in un mercato con, in linea teorica, poche asimmetrie informative, molti lavoratori e imprese<sup>121</sup>.

Card e coautori hanno calcolato la c.d. *rent-sharing elasticity* (la misura in cui impresa e lavoratore condividono il valore generato dalla prestazione del lavoratore stesso), dove il valore aggiunto dell'impresa è correlato ai livelli salariali, e, elaborando i dati relativi all'incontro tra domanda e offerta di lavoro, hanno fornito ulteriori evidenze<sup>122</sup>. Entrambe le stime suggeriscono che le imprese non assumono i salari come dati di mercato, ma, al contrario, fanno ricadere sui salari la variazione idiosincronica delle vendite/profitti. L'importanza per le imprese dell'effetto di tali variazioni sui salari è un'ulteriore dimostrazione che la presunzione di competitività dei mercati è infondata, dal momento che in regime concorrenziale il salario si determina a seconda del solo prodotto marginale del lavoratore, a prescindere dalle caratteristiche dell'impresa.

---

118 Manning, Petrongolo, 2017.

119 Webber, 2015.

120 Webber, 2016.

121 Dube, Jacobs, Naidu, Suri, 2020.

122 Card, Cardoso, Heining, Kline, 2018.

Patrick Kline e coautori, utilizzando variazioni esogene dovute a concessioni di brevetti, hanno fornito ulteriori prove recenti e inequivocabili sul monopsonio. Studiando l'effetto dei cambiamenti delle marginalità dell'impresa sui salari<sup>123</sup>, hanno evidenziato che i salari – anche dei lavoratori poco qualificati – rispondono a queste sollecitazioni, con un tasso di elasticità residuale dell'offerta di lavoro affrontata dall'impresa di 2.7. Peraltro, questi effetti risultano essere limitati ai dipendenti già in forza, e alle sollecitazioni non conseguono incrementi di salario per i nuovi assunti.

Un altro modo per capire se il mercato ha tratti monopsonistici consiste nella stima degli effetti della concentrazione del mercato del lavoro sui salari. Partendo dal presupposto che il mercato del lavoro è definibile attraverso la distanza pendolare per una data occupazione, Alan Manning e Barbara Petrongolo, allo scopo di analizzare il comportamento dei lavoratori, hanno messo a punto un modello strutturale basandosi sui dati delle domande di assunzione in Gran Bretagna. I due autori hanno evidenziato che i tassi di candidatura per un'occupazione sono molto sensibili alla distanza<sup>124</sup>, suggerendo che "i mercati del lavoro sono piuttosto locali". In uno studio simile, Ioana Marinescu e Roland Rathelot hanno evidenziato che negli Stati Uniti le candidature per le offerte di lavoro sono molto sensibili alla distanza, con percentuali che calano del 35% per occupazioni lontane dieci miglia dalla residenza del lavoratore<sup>125</sup>. In un altro recente articolo, che ha avuto molto successo, José Azar e coautori hanno riscontrato una sostanziale concentrazione dei mercati del lavoro in ogni parte degli Stati Uniti<sup>126</sup>. Tale constatazione è stata, peraltro, confermata da un altro studio quasi contemporaneo condotto usando fonti di dati differenti, in cui è stato evidenziato il progressivo aumento della concentrazione dei datori di lavoro nel tempo, con una crescita del valore medio dell'*HHI* dallo 0,698 nel periodo 1977-1981 allo 0,756 nel 2002-2009<sup>127</sup>, e ciò senza considerare che la mobilità dei lavoratori è crollata del 50% negli ultimi trent'anni<sup>128</sup>.

Un altro indizio indiretto si ottiene raggruppando la distribuzione dei salari: se l'elasticità residuale dell'offerta di lavoro è alta, i datori di lavoro eviteranno di corrispondere un salario vicino al prodotto marginale, e quindi di basarsi sulla regola empirica, perché per alcuni dipendenti potrebbe rivelarsi inaccurata. Dube e coautori, grazie ai dati sui salari orari e ad altri documenti significativi, hanno raggruppato i salari in fasce da

---

123 Kline, Petkova, Williams, Zidar, 2019.

124 Manning, Petrongolo, 2017.

125 Marinescu, Rathelot, 2018.

126 Azar, Marinescu, Steinbaum, 2020.

127 Benmelech, Bergman, Kim, 2020. Rinz, 2018.

128 Kaplan, Schulhofer-Wohl, 2017.

\$10.00 dollari per ora e altri numeri tondi<sup>129</sup>. Costruendo un modello basato su pregiudizi comportamentali dei lavoratori e delle imprese, hanno tradotto l'estensione del raggruppamento in livelli di potere nel mercato del lavoro. I risultati evidenziano che se le imprese perdono non più del 5% dei profitti arrotondando il costo del lavoro ad un numero tondo, la relativa elasticità residuale dell'offerta di lavoro è circa 2.5, mentre se le imprese perdono solo l'1% dei profitti allora è tra lo 0.8 e l'1.5. Il potere datoriale nel mercato del lavoro, quindi, consente la sopravvivenza delle imprese che erroneamente pagano i salari al di sotto del prodotto marginale.

In sostanza, che cosa ci dicono queste evidenze in relazione ai salari, ai rapporti di lavoro e alle altre caratteristiche del mercato del lavoro? Si rammenta che, fino a pochi decenni fa, gli economisti presupponevano elasticità molto elevate. Complessivamente, gli studi più recenti suggeriscono che basse elasticità del lavoro, con variazioni da 1 a 5 (e anche inferiori in certi casi), sono piuttosto comuni. Anche l'offerta residuale del lavoro poco qualificato è relativamente anelastica, racchiusa in una forbice tra 1 e 3, nonostante che, secondo l'opinione tradizionale, la rigidità dei mercati del lavoro è dovuta ai tempi e costi sostenuti per l'educazione e la formazione specializzata, aspetti che, per definizione, non interessano i lavoratori poco qualificati.

Nell'appendice online<sup>130</sup> conduciamo alcune semplici ponderazioni sull'efficienza e sulle conseguenze distributive che conseguono ad una serie di livelli di potere nel mercato del lavoro. Assumiamo un'economia governata dalla funzione di produzione di Cobb-Douglas con una quota di lavoro (competitiva) di due terzi, ed un'offerta di capitale perfettamente elastica al 5% di interessi. Utilizziamo, poi, un'elasticità aggregata dell'offerta di lavoro che governa le decisioni occupazionali dei lavoratori di 0.3, una via di mezzo tra 0.17 e 0.5, ossia tra elasticità estensive (partecipazione al mercato del lavoro oppure no) e intensive (numero di ore lavorate), entrambe tratte dallo studio di Ray Chetty<sup>131</sup>. L'elasticità aggregata dell'offerta di lavoro,  $\eta$ , che misura la sensibilità dei tassi di occupazione ai salari, è un parametro importante perché, individuando il punto in cui i lavoratori smettono di lavorare in risposta all'abbassamento dei salari indotto dal potere monopsonistico, permette di stimare i recessi aggregati, ossia le perdite secche provocate dal monopsonio. Abbiamo altresì inserito nel nostro scenario una tassa sul lavoro del 30% con un moltiplicatore fiscale di 1.3, per esaminare l'interazione del monopsonio con le tasse vigenti: il monopsonio, provocando l'uscita dei

---

129 Dube, Manning, Naidu, 2018.

130 Appendice Online: [https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2018/12/vol132\\_536-601\\_Appendix.pdf](https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2018/12/vol132_536-601_Appendix.pdf)

131 Chetty, 2012.

lavoratori dal mercato del lavoro, può danneggiare ulteriormente la società riducendo l'apporto fiscale e aumentando i trasferimenti sociali.

Definiamo, quindi, il potere datoriale nel mercato del lavoro come rapporto tra l'elasticità aggregata dell'offerta di lavoro e l'elasticità residuale dell'offerta di lavoro. Questo parametro varia da 0 (perfetta concorrenza) a 1 (casi in cui è presente un solo datore di lavoro nell'intera economia). Il grafico sottostante rappresenta i risultati della nostra analisi. A sinistra della figura I, il potere datoriale nel mercato del lavoro è 0: regime concorrenziale. Spostandosi verso destra, il potere datoriale aumenta fino a 1, dove il monopsonio domina. Il grado di potere nel mercato del lavoro varia a seconda dell'elasticità residuale dell'offerta di lavoro, chiamata  $\beta$ . Un valore  $\beta$  di 3 implica che il potere nel mercato del lavoro è 0,1, i salari hanno un ribasso del 25% e i lavoratori hanno una perdita media del 22% della loro quota di *output*, inclusi beni pubblici (dal 75% al 58%). Viceversa, la quota di profitto del monopsonio – che rappresenta la quota di *output* ottenuta dalle imprese per mezzo del potere monopsonistico, invece che grazie alle attività produttive – è del 14%. L'iniquità si somma all'inefficienza: questo grado di potere monopsonistico riduce altresì il tasso di impiego aggregato e il PIL di quasi il 13%. Questa distorsione è dovuta in parte agli effetti fiscali, dal momento che le entrate statali sono solo il 70% di quanto sarebbero in condizioni di equilibrio competitivo. Quanto detto, sebbene esposto in maniera semplificata, suggerisce che l'aumento del potere monopsonistico negli ultimi decenni potrebbe essere così significativo da spiegare molti *trends* dell'economia statunitense: il calo di quasi 10 punti percentuali della quota del lavoro nella produzione economica dal 1970<sup>132</sup>, il drammatico declino dei tassi di occupazione<sup>133</sup>, le crisi economiche<sup>134</sup> e la "stagnazione secolare" della crescita economica<sup>135</sup>.

Nella figura I, si può altresì osservare che le quote del reddito da lavoro e del profitto cambiano a seconda del grado di monopsonio. Al variare del livello di monopsonio (asse orizzontale), la quota del reddito da lavoro aumenta fino al 73.8% (66% di *output* privati e 26% a seconda del valore dei beni pubblici) e la quota del profitto va a 0, men-

---

132 Autor, Dorn, Katz, Patterson, Van Reenen, 2020. È indubbio che la quota salariale negli Stati Uniti abbia subito un sostanziale declino, ma non è semplice stabilire quanto dipenda dai vari fattori, nonché gli anni a partire da cui calcolare. Il Bureau of Labor Statistics presenta dati trimestrali dal 1947, che mostrano un costante declino di lungo periodo dal 60% al 50%. U.S. Bureau of Labor Statistics. *Labor Share of Output Has Declined Since 1947*. 2017.

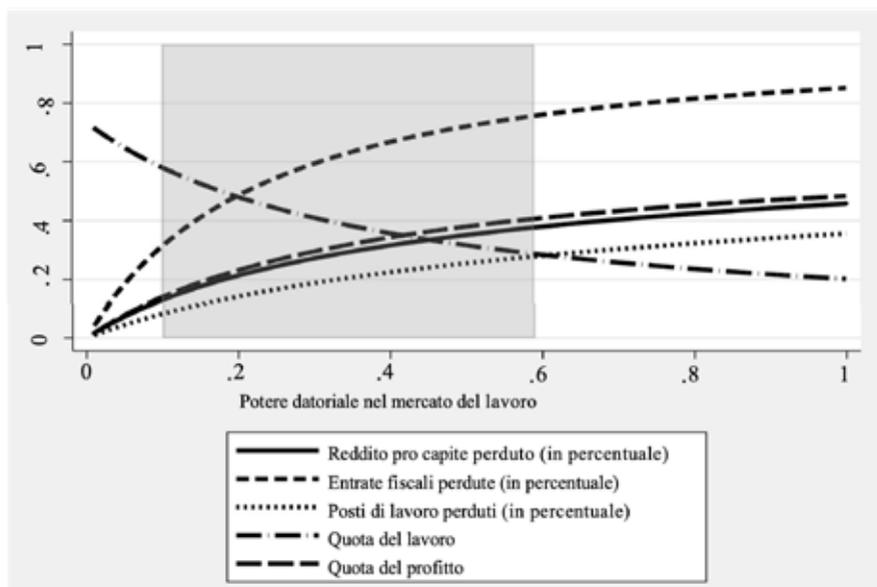
133 U.S. Bureau of Labor Statistics. *Labor Force Participation and Employment Rates Declining for Prime-Age Men and Women*. 2018.

134 Miller, 2018.

135 Summers, 2018.

tre il rimanente (la quota di utili che non si vede in quanto non leggibile) decresce del 26.2%, come si vede sull'asse verticale. Ciò può essere considerato un punto di partenza: se i mercati del lavoro fossero perfettamente competitivi, come gli economisti hanno a lungo sostenuto, allora queste figure rappresenterebbero le quote del profitto e del lavoro, mentre le perdite secche causate dal monopsonio sarebbero (ovviamente) zero. La figura I, inoltre, mostra come la perdita secca aggregata dovuta al monopsonio diminuisce quando il mercato del lavoro diventa competitivo.

**Figura I**



Come mostra la figura I, in un'ottica di politica economica, potremmo non preoccuparci troppo se il potere datoriale nel mercato del lavoro fosse prossimo allo zero. Tuttavia, la letteratura recente evidenzia un livello minimo di almeno 0.1, che è sufficiente per determinare gravi perdite per i lavoratori e sprechi economici complessivi significativi. In alcuni settori, dove i lavoratori sono più vulnerabili a causa della loro carenza di competenze, di specifici limiti in termini di mobilità occupazionale (come spesso accade è per le donne), o per altri fattori, è estremamente urgente affrontare il problema.

Sotto riportiamo anche la tabella I, che raccoglie i dati tratti dalle ricerche principali cui abbiamo fatto riferimento.

Gli studi citati indicano che le elasticità residuali del mercato del lavoro spaziano tra 0.1 e 4.2. A queste corrispondono a perdite secche che variano dal 60.4% al 9.9%, e quote del lavoro dall'8% al 62%. Così, anche adottando un approccio prudente e affidandosi agli studi con evidenze meno significative, rimane il fatto che il monopsonio arreca un danno considerevole sia all'economia complessiva che ai lavoratori. Per un raffronto, consideriamo anche le elasticità residuali ipotetiche del mercato del lavoro di 10 e 100.

Quando si raggiunge il valore 100, il danno all'economia è solo dello 0.5%, e quindi il monopsonio non è più un problema per l'interesse pubblico. La colonna *mark down* riporta gli effetti sui salari. In linea teorica, se una lavoratrice con un ricavo marginale del prodotto di \$50.000 è impiegata presso un'impresa con un'elasticità di 100, sarà pagata \$49.504,95; se l'elasticità è 3, \$37.500; se l'elasticità è 0.1, \$4.545,45.

Inoltre, l'effetto del monopsonio è influenzato dalle interazioni con il 30% di tasse sul lavoro, che ne amplificano la distorsione. Un altro fattore da considerare è il potere nel mercato del prodotto, che incrementerebbe ulteriormente sia gli effetti del potere datoriale, sia quelli delle tasse. Anche se il tema non viene qui sviluppato, si segnala che se l'aumento di potere nel mercato del prodotto, riscontrato in alcuni recenti articoli, fosse inserito nel nostro modello<sup>136</sup>, l'effetto che avrebbe il potere datoriale nel mercato del lavoro sull'efficienza e sulla distribuzione sarebbe ancora maggiore.

---

<sup>136</sup> De Loecker, Eeckhout, 2020. Barkai, 2017.

**Tabella I**<sup>137</sup>

<i>Elasticità residuale del lavoro</i>	<i>Mark down</i>	<i>Fonte</i>	<i>Perdita secca 0.5</i>	<i>Quota del lavoro</i>	<i>Quota del profitto</i>	<i>%G</i>
0.1	0.09	Staiger e altri <sup>138</sup>	60.4%	8%	59%	96%
0.12	0.11	Dube e altri <sup>139</sup>	58.3%	10%	58%	95%
0.55	0.36	Benmelech e altri <sup>140</sup>	36.5%	30%	39%	74%
0.95	0.49	Azar e altri <sup>141</sup>	27.9%	40%	30%	61%
1.08	0.52	Webber <sup>142</sup>	26.0%	42%	28%	57%
1.78	0.64	Hirsch, Schumacher <sup>143</sup>	19.0%	51%	21%	44%
2	0.67		17.5%	53%	19%	41%
2.7	0.73	Kline e altri <sup>144</sup>	14.1%	57%	15%	34%
3	0.75		13.0%	58%	14%	31%
3.7	0.79	Ransom, Sims <sup>145</sup>	11.0%	61%	12%	27%
4.2	0.81	Dube, Giuliano, Leonard <sup>146</sup>	9.9%	62%	11%	24%
10	0.91		4.6%	68%	5%	12%
16.667	0.94	Matsudaira <sup>147</sup>	2.9%	70%	3%	7%
100	0.99		0.5%	73%	1%	1%

137 Hirsch, Schumacher, 2005; Benmelech, Bergman, Kim, 2020; Azar, Marinescu, Steinbaum, 2020; Ransom, Sims, 2010; Dube, Giuliano, Leonard, 2019.

138 Staiger, Spetz, Phibbs, 2010.

139 Dube, Jacobs, Naidu, Suri, 2020.

140 Benmelech, Bergman, Kim, 2020

141 Azar, Marinescu, Steinbaum, 2020.

142 Webber, 2015.

143 Hirsch, Schumacher, 2005.

144 Kline, Petkova, Williams, Zidar, 2019.

145 Ransom, Sims, 2010.

146 Dube, Giuliano, Leonard, 2019.

147 Matsudaira, 2014.

Uno sviluppo ulteriore - sempre non approfondito qui - è rappresentato dall'interazione tra il monopsonio e le asimmetrie informative nel mercato del lavoro. Ad esempio, se includessimo i salari di efficienza, gli effetti del monopsonio sarebbero attenuati: i datori di lavoro dovrebbero riconoscere ai dipendenti delle rendite per stimolarli, ma gli effetti sulla disoccupazione sarebbero amplificati, in quanto il costo marginale del lavoro include sia queste rendite che il costo monopsonistico del minor profitto generato dai lavoratori infra-marginali. Da ultimo, un'altra asimmetria si ha nella fase di selezione: i datori di lavoro, dal momento che non possono verificare le qualità del lavoratore, potrebbero preferire un regime di sottooccupazione per la paura di "limoni"<sup>148</sup> nel mercato del lavoro. Come mostrato da Neale Mahoney e coautori, tali asimmetrie possono incrementare i danni del potere di mercato o mitigarli, a seconda della natura della scelta<sup>149</sup>.

**3.1.** In linea generale, la legislazione antitrust impedisce alle imprese di creare monopoli e cartelli, e di intraprendere altre azioni che riducano la competitività del mercato. La sezione 1 dello *Sherman Act* vieta gli accordi «limitativi della concorrenza». La sezione 2 proibisce i tentativi di «monopolizzare (...) qualsivoglia settore del mercato o del commercio tra i vari Stati» (par. 2). Il *Clayton Act* vieta varie pratiche associate all'esercizio del potere di mercato, inclusi la differenziazione di prezzo (par. 13) e - per noi di particolare interesse - le concentrazioni e le acquisizioni di *assets*, ove «l'effetto di questa [concentrazione o] acquisizione potrebbe ridurre la concorrenza o creare un monopolio» (par. 18). La formulazione ampia della legislazione antitrust è stata riempita di significato dalle Corti attraverso una pluridecennale elaborazione giurisprudenziale.

Nella maggior parte dei casi si è trattato di impedire la creazione di cartelli o monopoli nei mercati del prodotto. Tuttavia, la legislazione e la casistica non sono state limitate alle pratiche anticoncorrenziali dei venditori, dal momento che le Corti hanno riconosciuto che anche i compratori possono attuare tali condotte. Quando tutti i venditori di un dato mercato vendono ad un solo compratore, si dice che quest'ultimo operi in regime di monopsonio. Si ha, invece, un oligopsonio quando un numero limitato di compratori violano le leggi antitrust cospirando tra loro di abbassare i prezzi accordandosi di non competere per i prodotti venduti sul mercato<sup>150</sup>. Posto che nelle norme non vi è distinzione tra pratiche anticoncorrenziali dal lato del venditore o del compratore, e che tali condotte recano gli stessi danni, la Corte Suprema e le altre Corti non hanno

---

148 N.d.t.: "limoni" sta per il nostro "bidoni" (prodotto o bene in cattive condizioni). Vedi: Akerlof, 1970.

149 Mahoney, Veiga, Weyl, 2014.

150 *Todd v. Exxon Corp.*, 275 F.3d 191, 199-202 (2d Cir. 2001).

esitato ad applicare la legislazione antitrust ad entrambe le ipotesi<sup>151</sup>.

La maggior parte dei casi di monopsonio documentano il tentativo da parte dei compratori di "monopsonizzare" o cartellizzare i mercati di beni e servizi. Si consideri, ad esempio, un grande *retailer* come *Walmart* che sarebbe in grado di sfruttare il proprio potere di mercato (dal lato del compratore) per ridurre i prezzi da corrispondere ai distributori. Solo un ridotto numero di questi casi concerne compratori che hanno cercato di creare monopsoni o cartelli nel mercato del lavoro. Ancora, non sussistono nella legislazione antitrust distinzioni tra i mercati del lavoro e gli altri tipi di mercato, e le Corti hanno riconosciuto che le condotte anticoncorrenziali nei mercati del lavoro violano la legislazione antitrust. Una parziale eccezione si rinviene nella Sezione 6 del *Clayton Act*, laddove si prevede che la costituzione di organizzazioni sindacali non viola le leggi antitrust, poiché altrimenti sarebbero, almeno in senso economico, una forma di cartello del lavoro. Infatti, prima dell'emanazione del *Clayton Act* stesso, la legislazione antitrust era stata utilizzata proprio per qualificare come anticoncorrenziale l'azione dei sindacati<sup>152</sup>. Viceversa, nessuna Corte ha mai affermato che la sesta sezione renda immune da responsabilità antitrust l'impresa che cerchi di restringere la concorrenza nei mercati del lavoro.

Nondimeno, il contenzioso antitrust basato sulle condotte anticoncorrenziali datoriali nei mercati del lavoro è stato alquanto raro e ha riguardato, in massima parte, settori di nicchia, come le leghe sportive<sup>153</sup>. In alcuni casi, i lavoratori hanno impugnato accordi simili ai cartelli ai sensi della Sezione 1 dello *Sherman Act*, sostenendo che i datori di lavoro avessero fissato i salari o tenuto altre condotte reciproche per ridurre la concorrenza; i più rilevanti hanno coinvolto ospedali accusati di "pilotare" le retribuzioni di medici e infermieri<sup>154</sup>. In un altro caso famoso, un gruppo di ex medici specializzandi ha promosso una *class action* contro il *National Resident Matching Program*, asserendo una collusione tra le strutture ospedaliere<sup>155</sup>. Questo episodio, in particolare, ha ispirato l'elaborazione di lavori teorici ed empirici di alcuni economisti, tra cui Jeremy Bulow e Jonathan Levin, i quali hanno dimostrato che il monopsonio può operare anche

---

151 *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 549 U.S. 312, 317-18 (2007). Nelle azioni condotte sotto l'egida dello *Sherman Act* si applica il medesimo test sia ai prezzi predatori che alle offerte predatorie.

152 *United States v. Workingmen's Amalgamated Council of New Orleans*, 54 F. 994, 996 (C.C.E.D. La. 1893).

153 *Banks v. Nat'l Collegiate Athletic Ass'n*, 977 F.2d 1081, 1084 (7th Cir. 1992).

154 *Kartell v. Blue Shield of Mass.*, 749 F.2d 922, 923-25 (1st Cir. 1984).

155 *Jung v. Ass'n of Am. Med. Colls.*, 339 F. Supp. 2d 26, 31-32 (D.D.C. 2004). L'azione legale fu chiusa dopo che il Congresso emanò una legge che escludeva il sistema di assegnazione delle residenze dalla legislazione antitrust. *Robinson*, 2004.

nei c.d. *matching markets*<sup>156</sup>. Sebbene non siano noti studi sul tema, il monopsonio nei mercati a due parti, con preferenze eterogenee su entrambi i lati, potrebbe, non solo ridurre leggermente i salari, ma anche generare perdite di *welfare* e “differenziazioni al quadrato”.

Inoltre, i procedimenti antitrust relativi ai mercati del lavoro non hanno mai investito se non le più conclamate forme di cartello tra datori di lavoro rivali. Le linee guida sulle concentrazioni orizzontali sono quasi interamente dedicate al rischio di concentrazione del mercato del prodotto, e nulla dicono in merito al pericolo di concentrazione del mercato del lavoro. Per quanto noto, Il *DOJ* e la *FTC* non hanno *mai* contestato i possibili effetti anticoncorrenziali nei mercati del lavoro di una concentrazione, né, tanto meno, ne hanno analizzato gli effetti con lo stesso rigore adottato per i mercati del prodotto; non si rinviene nemmeno una decisione che abbia statuito l’illegittimità di una concentrazione per i suoi effetti sul mercato del lavoro.

La scarsa frequenza e la natura piuttosto atipica del contenzioso antitrust riguardante i mercati del lavoro ha per lungo tempo avallato (benché fosse proprio fondata sull’) l’assunzione degli economisti per cui i mercati del lavoro sono normalmente competitivi. Nel corso degli ultimi anni, l’erosione di questa presunzione – causata, come detto prima, dal consolidamento di vari settori produttivi, dagli scandali sui patti di non concorrenza, e dalle evidenze empiriche di stagnazione salariale e concentrazione del mercato del lavoro – è stata accompagnata da azioni legali e di regolazione nettamente più accurate.

Nel 2010 il *DOJ* ha sottoscritto un accordo con alcune delle maggiori aziende del *Tech* – incluse *Apple*, *Google* e *Adobe* – in merito agli accordi di non concorrenza con cui avevano stabilito di non “rubarsi” i dipendenti a vicenda<sup>157</sup>. Inoltre, il *DOJ* e la *FTC* hanno redatto delle linee guida, precisando che tali accordi sono illegali<sup>158</sup>. Lo scandalo ha, poi, indotto la Casa Bianca e il Dipartimento del Tesoro ad emanare circolari in materia<sup>159</sup>: al contempo sono stati presentati disegni di legge in molti Stati, e poi emanate normative volte a limitare l’uso degli accordi di non concorrenza nei confronti

---

156 *Bulow, Levin, 2006.*

157 *U.S. Department of Justice, Office of Public Affairs, Justice Department Requires Six High Tech Companies to Stop Entering into Anticompetitive Employee Solicitation Agreements, 2010. Testo disponibile al sito: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-requires-six-high-tech-companies-stop-entering-anticompetitive-employee>*

158 *V. nt. 21.*

159 *V. nt. 22.*

dei lavoratori con le retribuzioni più basse<sup>160</sup>. Un report della Casa Bianca ha altresì evidenziato gli impatti negativi sui salari, sulla mobilità dei lavoratori e sull'innovazione; di conseguenza la *FTC* e il *DOJ* hanno annunciato di voler intensificare i controlli sul rispetto delle leggi antitrust da parte dei datori di lavoro<sup>161</sup>. Inoltre, è stato avviato il contenzioso contro *McDonald's* e altre società che inseriscono le clausole di non concorrenza all'interno dei contratti di *franchising*<sup>162</sup>. Infine, il *DOJ* ha rivelato di aver avviato indagini contro i datori di lavoro sospettati di aver concluso consimili accordi di non concorrenza<sup>163</sup>.

Il problema chiave in tutto ciò risiede nel fatto che sovente le condotte anticoncorrenziali hanno come destinatari i lavoratori più vulnerabili, ossia quelli con istruzione limitata e scarse competenze. In aggiunta, salvo il settore del *Tech*, ci sono relativamente poche prove di collusioni esplicite che possano essere agevolmente contrastate dalle leggi antitrust. Ciò significa che le condotte anticoncorrenziali hanno assunto la forma dei consolidamenti tramite concentrazioni o comportamenti difficili da scoprire, in cui le imprese seguono l'impresa *leader* senza che sia neppure necessario addivenire ad un accordo esplicito.

**3.2.** È noto che le cause in materia antitrust sono complesse e costose. La tipica violazione antitrust alza i prezzi (o abbassa i salari) di poco ma nei confronti di un grande numero di persone. Ciò significa che raramente i singoli sono incentivati ad agire in giudizio, anche quando il costo sociale complessivo del comportamento anticoncorrenziale è alto. Nel mercato del prodotto, le cause contro le violazioni antitrust vengono condotte in tre differenti modi. Primo, i danneggiati possono essere grandi imprese, come compratori a valle, le cui perdite possono essere sufficientemente significative per giustificare il costo del giudizio<sup>164</sup>. Secondo, quando a subire un danno sono i consumatori, gli avvocati possono spesso riunirli e intentare una *class action*<sup>165</sup>. Terzo, nei casi più eclatanti, sono direttamente il *DOJ* e la *FTC* a promuovere l'azione legale<sup>166</sup>. Sebbene nei primi due scenari la promozione delle cause sia incentivata dalla prospettiva dei danni tripli, una serie di dottrine, relative alla legittimazione ad agire,

---

160 Krueger, Posner, 2018.

161 V. nt. 22.

162 Abrams, 2017.

163 Krotoski, 2018.

164 *LePage's Inc. v. 3M*, 324 F.3d 141, 144 (3d Cir. 2003).

165 *Nitsch v. Dreamworks Animation SKG Inc.*, 315 F.R.D. 270, 317 (N.D. Cal. 2016).

166 V. nt. 48.

all'esecuzione e questioni correlate<sup>167</sup>, sottraggono ad alcuni soggetti il potere di agire in giudizio. Tali criticità sono ancora più rilevanti nei casi afferenti al mercato del lavoro, in quanto sino a pochi anni fa il DOJ e la FTC non presero di mira la crescente concentrazione che si verificava in tale mercato; in aggiunta, un singolo lavoratore non può permettersi di promuovere una causa antitrust in via autonoma, e le class actions sono difficilmente azionabili.

Il caso *Weisfeld v. Sun chemical Corp*<sup>168</sup> mostra le difficoltà incontrate dagli avvocati specializzati nelle *class actions*. Secondo la tesi dei ricorrenti, alcune aziende produttrici di inchiostro avevano concluso accordi di "non assunzione", con l'impegno di non assumere i dipendenti dei concorrenti, in violazione della Sezione 1 dello *Sherman Act*. La classe proposta consisteva di «addetti che svolgono mansioni tecniche e possiedono conoscenze specialistiche e competenze nella produzione, distribuzione e vendita di inchiostro da stampa». L'attore sostenne, pertanto, che un economista avrebbe potuto calcolare la quantità di salario persa a causa dell'accordo illegittimo.

La Corte rigettò questo argomento per la non prevalenza degli interessi comuni, requisito imposto dalle norme federali relative alle *class actions*, sulla base di significative differenziazioni tra i lavoratori: diversa propensione a cercare un'altra occupazione in caso di salari insoddisfacenti; varietà di competenze, responsabilità, e conseguenti livelli salariali, differenti; trasferibilità delle competenze in altri settori; esistenza di patti di non concorrenza; e così via. In questo modo, il potere di mercato datoriale variava da dipendente a dipendente e, di conseguenza, l'entità del danno era differente, e non avrebbe potuto essere determinata sulla base di un semplice algoritmo con un numero limitato di variabili.

Questo genere di diversificazioni è intrinseco ai mercati del lavoro: i lavoratori anche nelle imprese che sono gestite in modo più rigido non sono fungibili tra loro allo stesso modo in cui lo sono invece i prodotti. Non è quindi così difficile comprendere perché il contenzioso sul potere nel mercato del lavoro sia così raro<sup>169</sup>. Negli ultimi anni, le

---

167 *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477, 489 (1977).

168 84 F. App'x 257 (3d Cir. 2004).

169 La più comune tipologia di causa con esiti positivi contro condotte monopsonistiche nei mercati del lavoro, almeno in proporzione al loro impatto economico, è quella che coinvolge le federazioni sportive. Tali azioni legali hanno due caratteristiche che aiutano a spiegarne il relativo successo: la necessità che i regolamenti siano espliciti e resi pubblici, e l'ingente quantità di denaro sul piatto per gli atleti. *Int'l Boxing Club of N.Y., Inc. v. United States*, 358 U.S. 242, 252 (1959), conferma l'assunto delle corti inferiori secondo cui gli accordi tra gli organizzatori di incontri di box violano la legislazione antitrust; *O'Bannon v. Nat'l Collegiate Athletic Ass'n*, 802 F.3d 1049, 1053 (9th

*class actions* hanno avuto un maggiore successo, sebbene siano state intentate quasi esclusivamente da professionisti o lavoratori specializzati, e non dai lavoratori più vulnerabili<sup>170</sup>. Ciò significa che le imprese hanno un campo di gran lunga più libero per sfruttare (e ottenere) potere nel mercato del lavoro, rispetto al mercato del prodotto, e si spiega il motivo per cui la concentrazione del mercato del lavoro rappresenta un problema così significativo.

**4.** In questa parte verranno sviluppati una serie di strumenti metrici e analitici utilizzabili per valutare gli effetti delle concentrazioni (*mergers*) nei mercati del lavoro. Inizieremo con l'estendere ai mercati del lavoro due tecniche di analisi già adottate per lo studio preliminare delle concentrazioni nei mercati del prodotto. Dopodiché, sposteremo l'attenzione su altri fattori e tecniche impiegati nelle fasi più avanzate, considerando anche i possibili rimedi. La sezione si concluderà con un breve caso, costruito applicando queste tecniche ad un mercato del lavoro infermieristico.

**4.1.** L'approccio "Definizione e Concentrazione del Mercato" (*Market Definition and Concentration*, d'ora in avanti *MDC*) si suddivide in tre passaggi. Per comodità, ci affideremo ad un esempio molto semplice. Si immagini che in una piccola città ci siano quattro grandi imprese - di dimensioni identiche (producono la stessa quantità e impiegano lo stesso numero di dipendenti) - che producono dispositivi destinati al mercato nazionale, e impiegano due tipologie di lavoratori: specializzati, con esperienza e competenze nella produzione di quei dispositivi, e generici, che svolgono mansioni richieste anche da altri datori di lavoro. Un esempio di lavoro generico possono essere i servizi di custodia; se un custode viene licenziato, potrà trovare un'occupazione alternativa presso un'altra azienda che abbia dei locali da pulire. Di contro, un lavoratore specializzato che fosse licenziato sarebbe costretto a cercare un impiego presso altri produttori dei medesimi dispositivi. Ora, supponiamo che due di queste imprese attuino una concentrazione e debba essere valutato il possibile effetto che essa ha sul mercato del lavoro.

---

*Cir. 2015*), afferma che le regole della NCAA violano le leggi antitrust.

170 *Nitsch v. Dreamworks Animation SKG Inc.*, 315 F.R.D. 270, 317 (N.D. Cal. 2016), certificata una classe di dipendenti animatori; *Cason-Merenda v. VHS of Mich., Inc.*, No. 06-15601, 2014 U.S. Dist. LEXIS 29447, 1 (E.D. Mich. 7.03.2014), riconoscimento della certificazione di una classe di infermieri; *In re NCAA Student-Athlete Name & Likeness Licensing Litig.*, No. C 09-1967, 2013 U.S. Dist. LEXIS 160739, 40 (N.D. Cal. Nov. 8, 2013), supporto alla certificazione di una classe di studenti atleti; *In re High-Tech Emp. Antitrust Litig.*, 985 F. Supp. 2d 1167, 1171 (N.D. Cal. 2013), certificata una classe di ingegneri informatici; *Fleischman v. Albany Med. Ctr.*, No. 06-CV-765, 2008 U.S. Dist. LEXIS 57188, 21 (N.D.N.Y. 28.07.2008), infermieri. Ma ci sono molti altri casi in cui la certificazione è stata negata: *Reed v. Advocate Health Care*, 268 F.R.D. 573, 594 (N.D. Ill. 2009), negata la certificazione della classe perché i ricorrenti non riuscirono a dimostrare un danno comune.

*Mercato rilevante.* Per individuare il mercato rilevante è possibile utilizzare il test del monopsonista ipotetico (in analogia con il “test del monopolista ipotetico” adottato nel mercato del prodotto). Procedendo in virtù di quest’ultimo, ci si deve chiedere se un singolo monopsonista – nella nostra ipotesi, un’unica impresa che impieghi tutti gli operai specializzati della città (invece che le quattro indipendenti) – possa ridurre i salari di un ammontare «piccolo, ma significativo e non transitorio», ciò che noi chiameremo test del piccolo ma significativo e non transitorio abbassamento dei salari [*small but significant and non-transitory decrease in wages, SSNDW*]<sup>171</sup>. Il punto chiave qui è che il mercato del lavoro si compone di imprese che competono offrendo un impiego specifico per attirare lavoratori con determinate competenze. Quando ad offrire quell’occupazione o cercare quel genere di lavoratori è un’unica impresa, ed essa decide di abbassare i salari al di sotto del livello competitivo, molti dei lavoratori in questione accetteranno probabilmente il salario ribassato, poiché altrimenti dovrebbero affrontare nuovi percorsi formativi o occuparsi presso aziende non interessate alla loro formazione, competenza o esperienza. Tornando al nostro esempio, i lavoratori specializzati in quei dispositivi dovrebbero accettare il salario ridotto, dato che le alternative consistono nello spostarsi altrove (che è costoso e determina la perdita dei legami) oppure nel trovare un’occupazione peggiore. Pertanto, i lavoratori specializzati formano un mercato del lavoro. Viceversa, il mercato del lavoro rilevante dei lavoratori generici – come i custodi – è più ampio, in quanto gli stessi possono trovare un’altra occupazione presso altri datori di lavoro, incluse scuole, uffici e così via.

In alcuni casi, il mercato potrebbe essere ancora più ristretto. Come già detto, i mercati del lavoro sono mercati di corrispondenza, i confini del mercato rilevante sono, quindi, determinati, non solo dalle esigenze aziendali, ma anche dalle preferenze dei lavoratori. Si ipotizzi allora che le altre due imprese (quelle che non si uniscono) collochino il processo produttivo all’interno di un orario di lavoro normale 9-17, mentre le imprese partecipanti alla concentrazione, pur richiedendo le medesime competenze, abbiano un ciclo continuo che si articola anche durante la notte. Richiedendo queste ultime di svolgere turni notturni solo un insieme relativamente piccolo di lavoratori potrebbe esservi disposto<sup>172</sup>. Dato ciò, gli “operai specializzati, in quest’area, per il turno notturno” potrebbero costituire un mercato che possiede una rilevanza a sé stante.

---

171 *Horizontal Merger Guidelines*, par. 4.1.1. Viene descritto l’ipotetico monopolista come un’impresa che “probabilmente imporrebbe almeno un aumento di prezzo piccolo, ma significativo e non transitorio”.

172 *Mas, Pallais*, 2017.

Un altro fattore cruciale per definire i mercati del lavoro è la delimitazione geografica, che si determina in base alla distanza che i lavoratori sono disposti a percorrere come pendolari. Si supponga che in una città vicina vi sia una quinta impresa che produce gli stessi dispositivi ed impiega manodopera dello stesso genere. Se i lavoratori specializzati della prima città fossero disposti a spostarsi in quest'ultima, allora le imprese interessate a questa tipologia di lavoratori sono cinque, non quattro, e la concentrazione di mercato è minore. Può dunque rivelarsi complesso valutare quanto lontano e a quali condizioni i lavoratori sono disponibili a fare i pendolari. Ad esempio, i lavoratori più giovani possono essere disposti a percorrere distanze maggiori o a trasferirsi, mentre i lavoratori meno giovani, sposati o con figli, potrebbero essere meno flessibili. Nondimeno, come nell'analisi del mercato del prodotto, si possono utilizzare delle regole empiriche per definire l'area geografica rilevante, che potrà poi essere ulteriormente circoscritta con un'analisi più dettagliata.

Orbene, qual è il valore dell'*SSNDW* e come si calcola? Nelle analisi dei mercati del prodotto, lo standard di riferimento si attesta sul 5% del ribasso dei prezzi in un anno<sup>173</sup>. Una simile soglia potrebbe essere utilizzata anche per l'analisi del mercato del lavoro. Nel nostro esempio, se l'ipotetico monopsonista potesse ridurre i salari dei lavoratori qualificati da (per dire) \$80.000 all'anno a \$76.000, allora questi costituirebbero un mercato del lavoro. Supponendo che inizialmente il mercato fosse competitivo ovvero che, in caso di preesistenza del potere datoriale nel mercato del lavoro, sottostesse ad altre condizioni facilmente definibili empiricamente, i datori di lavoro che mirano a massimizzare il profitto potrebbero valutare una riduzione dei salari se l'elasticità dell'offerta di lavoro nel mercato rilevante valesse venti o meno<sup>174</sup>.

Per valutare l'appropriatezza della delimitazione del mercato rilevante possono rivelarsi utili, come succede per i mercati del prodotto, studi econometrici. Ad esempio, eventi inattesi (c.d. *shocks*) relativi ai processi di un'impresa o ai prezzi dei fattori produttivi possono spostare il ricavo marginale del prodotto dei lavoratori, provocando variazioni nei salari. Il conseguente spostamento altrove dei lavoratori fornisce una stima delle elasticità residuali dell'offerta di lavoro.

*Concentrazione di mercato.* La concentrazione di mercato indica il numero di imprese in un mercato rilevante; aumenta al diminuire del numero di imprese, mostrando che le imprese restanti hanno un maggiore potere di mercato. Per misurare la concentrazione dei mercati del prodotto viene utilizzato l'indice *Herfindal-Hirschman* [d'ora

---

173 *Horizontal Merger Guidelines*, par. 4.1.2.

174 Il *mark down* è il reciproco dell'elasticità.

in avanti,  $HHI$ ], che equivale alla somma dei valori elevati al quadrato delle quote di mercato di ciascuna impresa. Tale indice può essere utilizzato anche per stimare la concentrazione del mercato del lavoro, dove l' $HHI$  si ottiene dalla somma dei valori elevati al quadrato delle quote di mercato del lavoro delle imprese.

Il valore più alto è 10.000, e si ha quando il mercato ha un unico monopolista ( $100^2 = 10.000$ ); all'aumentare del numero di imprese, l' $HHI$  si approssima (ma quasi mai raggiunge) allo zero.

Le linee guida sulle concentrazioni orizzontali<sup>175</sup> classificano i mercati come non concentrati ( $HHI$  inferiore a 1500), moderatamente concentrati ( $HHI$  tra 1500 e 2500) e altamente concentrati ( $HHI$  superiore a 2500). Questi parametri guidano l'azione del governo (inteso in senso lato), che autorizzerà le concentrazioni nei mercati del prodotto non concentrati, esaminerà attentamente quelle nei mercati altamente concentrati e adotterà un approccio prudente nei casi intermedi. Visti i parallelismi tra mercati del prodotto e del lavoro, il governo (e la legislazione in generale) dovrebbe adottare lo stesso approccio per analizzare gli effetti delle concentrazioni nei mercati del lavoro.

*L'effetto sulla concentrazione del mercato.* Il rischio di una *merger* consiste nell'aumento della concentrazione di mercato la quale provocare due tipi di danni. Nei mercati del prodotto, un'impresa può sfruttare il proprio potere in un mercato concentrato riducendo gli output e aumentando i prezzi («effetti unilaterali»)<sup>176</sup>. Con la riduzione del numero di imprese, quelle che rimangono sul mercato possono concludere più facilmente accordi collusivi in modo esplicito o tacito, come condotte parallele in materia di prezzi, da cui derivano anche prezzi più alti e minori *output* («effetti coordinati»). I rischi per i mercati del lavoro sono gli stessi: un'impresa che sfrutti il potere datoriale nel mercato del lavoro potrebbe essere in grado di abbassare i salari e ridurre il tasso di impiego; quando il numero di datori di lavoro diminuisce, le imprese possono concludere più facilmente collusioni esplicite o implicite con i medesimi effetti.

È per tali ragioni che le linee guida sulle concentrazioni orizzontali considerano un aumento della concentrazione del mercato come un segnale di allarme. Se, a seguito dell'operazione, il mercato del prodotto rimane immune dalla concentrazione, o l' $HHI$  aumenta di non più di 100 punti, allora il governo generalmente la autorizzerà. Se, invece, il mercato risulterà discretamente concentrato con un aumento dell' $HHI$  di più di 100 punti, l'operazione sarà vagliata. Se, infine, l'operazione conduce ad un mercato

---

175 *Horizontal Merger Guidelines*, par. 5.3.

176 *Horizontal Merger Guidelines*, par. 6.

altamente concentrato, con un incremento dell'*HHI* tra 100-200 punti, essa sarà altresì sottoposta ad un accurato esame. Da ultimo, se l'*HHI* supera i 200 punti ci sarà una presunzione relativa di illegittimità dell'operazione.

Ancora una volta, date le analogie tra concentrazione del mercato del prodotto e del lavoro, sosteniamo che si dovrebbero adottare gli stessi standard per valutare gli effetti delle concentrazioni nei mercati del lavoro. Nella nostra ipotesi, l'unione delle due imprese produttrici di dispositivi aumenterebbe l'*HHI* per i lavoratori specializzati da 2500 a 3750 ( $50^2 + 25^2 + 25^2$ ): un incremento significativo che determinerebbe importanti effetti anticoncorrenziali in violazione della legislazione antitrust, e quindi tale da far sorgere una presunzione relativa di eccessiva concentrazione del mercato. Al contrario, l'aumento dell'*HHI* per i lavoratori generici assume poca rilevanza in analogia di quel che succederebbe nel mercato del prodotto.

*Commenti.* Si è mostrato come l'approccio *MDC*, adottato per le analisi delle concentrazioni nel mercato del prodotto, potrebbe essere impiegato anche per valutare gli effetti che le stesse operazioni imprimono al mercato del lavoro. Troviamo strano che - per quanto ci sia noto - questo tipo di analisi non sia mai stato condotto dal governo o nei procedimenti giudiziari. La spiegazione che viene solitamente data è che i mercati del lavoro sono più difficili da delimitare rispetto ai mercati del prodotto. Le distanze che i pendolari sono disposti a percorrere non sono facili da calcolare: i lavoratori sono disposti a muoversi più lontano per alcuni tipi di lavoro rispetto ad altri<sup>177</sup>. Inoltre, non è agevole individuare le differenze che connotano i vari posti di lavoro. Ciononostante, dubitiamo che questi profili siano molto più critici rispetto a quanto lo siano in relazione ai mercati del prodotto che hanno per oggetto prodotti che si differenziano tra loro in modi complessi e progressivi, tanto che spesso le distinzioni che vengono ipotizzate non sono affatto chiare. In aggiunta, di solito la delimitazione geografica è altrettanto complessa nei mercati del prodotto in cui la disponibilità dei consumatori a spostarsi è non meno sfuggente. Nel frattempo, peraltro, società come *CareerBuilder* e *LinkedIn* stanno accumulando dati sui limiti dei mercati del lavoro che potrebbero essere utilizzati dalle autorità antitrust<sup>178</sup>.

Un argomento più forte consisterebbe nel sostenere che l'approccio *MDC* non ha senso per i mercati dei prodotti e, di conseguenza, non dovrebbe essere adottato neppure in relazione ai mercati del lavoro<sup>179</sup>. A tale riguardo, alcuni lettori potrebbero chiedersi

---

177 Manning, Petrongolo, 2017, 2892.

178 Azar, Marinescu, Steinbaum, 2020, 6.

179 Kaplow, 2013.

da dove derivino i vari livelli dell'*HHI*: la risposta è che essi sono, per certi versi, arbitrari. L'approccio *MDC* deriva dai modelli oligopolistici, che dimostrano che le imprese, alzando i prezzi sopra il costo marginale e perdendo quote di mercato, guadagnano meno. Per il vero, però, tale assunto si fonda su presunzioni che potrebbero non essere così sufficientemente realistiche da giustificare un ricorso massiccio a tale metodo. Come che sia, il nostro proposito non è difendere tale approccio, ma sostenere che se esso è accettato per i mercati del prodotto (come lo è dal governo e dalle Corti), allora dovrebbe essere adottato anche per i mercati del lavoro. Diversamente, le imprese che sono ostacolate nei loro tentativi di aumentare i prezzi tramite operazioni di concentrazione con i concorrenti del mercato del prodotto, saranno naturalmente incentivate ad unirsi ai propri rivali del mercato del lavoro per abbassare il costo della manodopera. Ad ogni modo, per gli scettici dell'approccio *MDC*, nella prossima sezione discuteremo un approccio alternativo.

**4.2.** Recentemente l'approccio *MDC* è stato progressivamente sostituito dagli indici di *upward price pressure* (*UPP*), che crediamo siano coerenti con i modelli economici più affidabili nella stima degli effetti unilaterali. Essendo stato messo a punto di recente<sup>180</sup>, il test *UPP* non ha giocato un ruolo importante come l'*MDC* nelle controverse; nondimeno, è menzionato nelle linee guida sulle concentrazioni orizzontali e ha ricevuto l'avallo governativo<sup>181</sup>. Come l'*MDC*, anche l'*UPP* è stato utilizzato solo per analizzare gli effetti delle concentrazioni nei mercati del prodotto. Ora, riprendendo l'esempio di prima, svilupperemo un test simile, che chiameremo *Downward Wage Pressure* ("pressione salariale al ribasso", *DWP*) per calcolare i danni al mercato del lavoro. In linea con l'*UPP*, anche il *DWP* è il prodotto di due variabili che, grossomodo, corrispondono alla concentrazione di mercato e all'incremento di concentrazione provocato dall'operazione, poiché misurano il grado del preesistente potere di mercato e l'aumento conseguente.

*Ribasso.* Per misurare il preesistente potere di mercato, invece che delimitare un mercato e misurarne la concentrazione, l'*UPP* stima direttamente la misura in cui l'impresa, prima della concentrazione, può fissare i prezzi sopra il livello concorrenziale. Ciò si misura con il parametro del *mark up* ("rialzo"), ossia la percentuale per cui il prezzo fissato dalle imprese supera il costo marginale (il prezzo che applicherebbero in regime concorrenziale).

---

180 Farrell, Shapiro, 2010.

181 Horizontal Merger Guidelines, par. 6.1.

Nei mercati del lavoro invece consideriamo il *mark down* ("ribasso"), ossia la misura diretta del potere che l'impresa ha sul mercato che, come ricordato prima, è l'inverso dell'elasticità dell'offerta di lavoro affrontata dal datore di lavoro che miri a massimizzare il profitto. Il ribasso è allora la percentuale per cui i salari sono inferiori al ricavo marginale del prodotto del lavoratore; in altre parole, l'ammontare delle entrate ulteriori che i lavoratori generano e che, per essere precisi, equivale a cento volte il rapporto tra il ricavo marginale del prodotto e il salario. Il ribasso varia per ciascuna impresa, ed è misurabile tramite (alternativamente) i dati forniti dalle imprese stesse oppure, come nella definizione di mercato, la stima dell'elasticità residuale dell'offerta di lavoro calcolata attraverso studi econometrici. Ad esempio, è possibile estrapolare l'elasticità residuale dell'offerta di lavoro dai dati sui salari e sul *turnover* dei lavoratori, a condizione che gli altri fattori siano adeguatamente controllati.

*Diversion Ratio*. La c.d. "*diversion ratio*" è il secondo parametro utilizzato dall'approccio DWP per stimare l'aumento del potere di mercato provocato da una concentrazione. Per comprenderne la portata, si consideri che le imprese possono unirsi per integrare i processi, per ridurre i costi, o ancora per assorbire le esternalità dovute alla concorrenza reciproca. Si prendano, ad esempio, le stime di valutazione di una concentrazione tra *General Motors* e *Ford*. Prima dell'operazione, *GM* ottiene un profitto uguale alle entrate meno i costi marginali e, quando deve decidere se vendere un'auto aggiuntiva diminuendo il prezzo, fa una scelta: vende più auto (mentre *Ford* ne vende di meno), ma incamera un profitto minore per unità di prodotto venduto. Il prezzo ottimale si ottiene bilanciando queste due spinte, ed è per questo che l'elasticità (il rapporto tra il *surplus* di auto vendute e la diminuzione del prezzo) determina il rialzo ottimale.

Per comprendere gli effetti sulle decisioni di prezzo dell'impresa concentrata, si può allora ipotizzare che *GM* e *Ford* diventino società controllate di un medesimo gruppo, il cui CEO gestisce le due divisioni per massimizzare i profitti complessivi. I vertici di *GM* ragioneranno così: quando *GM* abbassa il prezzo per vendere un'auto aggiuntiva, il gruppo non solo rinuncia ai *mark up* che sarebbero derivati dai prezzi maggiori, ma altresì perde quelli sulle auto *Ford* non vendute a causa delle vendite addizionali di *GM* al prezzo più basso. Quindi, il costo-opportunità delle vendite ridotte di *Ford* entra nelle valutazioni di *GM*, disincentivandone i vertici ad abbassare i prezzi (o stimolandoli ad alzarli). Lo stesso vale per *Ford*.

Questi effetti possono essere rappresentati come *diversion ratios*. La *diversion ratio* da *GM* a *Ford* è la quota di vendite addizionali che *Ford* sottrae a *GM* (invece che ad altre case automobilistiche o a nuove vendite che non sarebbero comunque state concluse) quando abbassa i suoi prezzi. La *diversion ratio* da *Ford* a *GM* è calcolata allo stesso modo.

È possibile sviluppare analisi simili per i mercati del lavoro. Quando due dei nostri produttori di dispositivi vogliono concludere una concentrazione, l'analista calcola le *diversion ratios* relative ai dipendenti interessati dall'operazione. Con riguardo ai lavoratori specializzati, la *diversion ratio* di ciascuna impresa è la parte di questi che si dimetterebbe e andrebbe a lavorare presso l'altra impresa (invece che occuparsi presso un'altra impresa o uscire dal mercato del lavoro) se la prima riduce i salari. Ovviamente il valore della *diversion ratio* sarà maggiore per gli operai specializzati che per i lavoratori generici, in quanto se uno dei primi vuole andarsene dall'impresa è costretto a rioccuparsi presso una delle altre tre; pertanto, anche se agisse in modo casuale, ci sarebbe un terzo di probabilità che si occupi presso l'altra impresa partecipante alla concentrazione. Viceversa, il lavoratore generico dimissionario potrebbe trovare un'occupazione presso una dozzina di imprese nella stessa città. Come per il *mark up*, le *diversion ratios* possono essere calcolate grazie ai dati sui salari e sui flussi dei lavoratori, (sempre) a condizione che gli altri fattori siano adeguatamente controllati.

Le *diversion ratios* consentono di stimare la misura in cui una concentrazione incrementa il potere di mercato in un modo più diretto rispetto all'*HHI*, il cui problema è che i datori di lavoro possono rappresentare sostituti di qualità differente.

Riprendendo l'esempio del turno notturno, si dovrebbe forse delimitare il mercato dei lavoratori specializzati che prestano servizio durante la notte includendo solo le due imprese partecipanti alla concentrazione - sul presupposto che quelli che attualmente non lavorano di notte non sarebbero disposti a farlo - oppure la delimitazione del mercato rilevante dovrebbe essere più ampia, in modo da ricomprendere tutti i lavoratori specializzati? Non essendoci una delimitazione ideale, la *diversion ratio* permette di individuare la quota di specialisti che sarebbe disposta a lavorare il turno notturno a fronte di un salario più elevato. Se il 100% degli specialisti del turno notturno è impiegato presso l'altra impresa partecipante, la *diversion ratio* sarà 100%; se questi fossero in forza a tutte le imprese che impiegano specialisti, la *diversion ratio* sarà solo il 33%. Normalmente la *diversion ratio* si assesta su qualche valore intermedio: i lavoratori che già svolgono turni notturni saranno più propensi ad accettare, ma non saranno i soli, e non saranno equamente divisi tra gli altri datori di lavoro. Potremmo allora immaginare che circa il 50-70% di questi lavoratori sia tra quelli che svolgono i turni notturni presso l'altra impresa partecipante alla concentrazione; quindi, la *diversion ratio* sarà intorno ai due terzi.

Un altro vantaggio delle *diversion ratios* è che sono più facili da calcolare rispetto alle definizioni dei mercati. Un indicatore di esse è il *turnover*: sondaggi e altri metodi permettono di determinare quanti lavoratori dell'impresa 1 sono disposti a spostarsi

all'impresa 2, invece che rioccuparsi presso altre imprese o uscire dal mercato del lavoro. Se le imprese 1 e 2 concludono una concentrazione, questa quota funge da punto di partenza per stimare la *diversion ratio*. Un'altra potenziale fonte di informazioni sono i dati sulle ricerche di lavoro, che rivelano dove i lavoratori svolgono i colloqui; se molti degli assunti presso l'impresa 1 hanno fatto colloqui anche con l'impresa 2, se ne deduce che le due imprese sono in concorrenza per i lavoratori e, di conseguenza, un'eventuale concentrazione ridurrà la concorrenza nel mercato del lavoro.

*Effetti.* L'indicatore *DWP* per il datore di lavoro A si calcola moltiplicando il *mark down* del datore di lavoro B per la *diversion ratio* dal datore di lavoro A al datore di lavoro B. Per comprenderne la ragione, si consideri il diverso impatto finanziario della scelta del datore di lavoro A di ridurre i salari prima o dopo la concentrazione. Prima dell'operazione, per assumere un lavoratore aggiuntivo, A deve aumentare il salario e, anche se non è interessato alla sua provenienza, con una probabilità pari alla *diversion ratio* quest'ultimo era occupato presso B.

Dopo, lo scenario muta radicalmente: A si preoccupa dei profitti di B; se il lavoratore viene sottratto a B, A subisce una perdita che equivale al *mark down* beneficiato da B all'assunzione di quel dipendente. Questa perdita si verifica con una probabilità uguale alla *diversion ratio* da B ad A, e così il prodotto della *diversion ratio* da B ad A per il *mark down* di B rappresenta il costo addizionale di ogni impiegato di A.

Il *DWP* non ci dice direttamente di quanto si abbassano i salari, ma esprime la *tassa* sui salari derivante dalla concentrazione. Siffatte tasse rendono le assunzioni effettivamente più costose per i datori di lavoro, e quanto di queste venga scaricato sui lavoratori, in termini di diminuzione dei salari, e quanto invece venga assorbito dai datori di lavoro o trasferito sui consumatori tramite prezzi più alti, dipende dalle condizioni di mercato, e solitamente si definisce mediante il c.d. *pass-through rate*<sup>182</sup>. In alcuni casi, peraltro, i salari dei lavoratori potrebbero diminuire in misura maggiore: il *DWP* è più preciso nella misurazione degli effetti della concentrazione rispetto all'*MDC*; tuttavia, non coglie esattamente le perdite arrecate ai lavoratori o al benessere sociale.

Di solito, per saggiare la correttezza dell'analisi, gli indici *UPP* vengono confrontati con alcune soglie standard (1-2%). Similmente, una soglia del 1-2% di *tassa* sui salari influenza le scelte dell'impresa. È chiaro che ogni indice *DWP* positivo desta preoccupazione, anche se, in riferimento ai mercati del prodotto, le autorità hanno presupposto che le concentrazioni generano efficienze tali da neutralizzare almeno alcuni dei danni

---

182 Jaffe, Weyl, 2013. Weyl, Fabinger, 2013.

derivanti dalla concorrenza ridotta<sup>183</sup>. Sembra allora ragionevole approfondire l'analisi quando il *DWP* di entrambe le imprese supera il 2%, e prestare invece minore attenzione quando è inferiore all'1%. I casi intermedi devono essere vagliati con attenzione.

*Commenti.* Il *DWP* e l'*MDC* dovrebbero essere intesi come "regole", ossia parametri guida (relativamente) semplici, che forniscono un'approssimazione dell'impatto sociale sotteso a una concentrazione. Qui non prendiamo posizione su quale sia l'approccio migliore, o se, in concreto, siano entrambi validi: a seconda dei mercati può funzionare meglio l'uno o l'altro. L'*MDC* è più affermato e avvalorato dalla lunga esperienza delle autorità e delle Corti. Di contro, il *DWP* sembra più solido dal punto di vista teorico e, visto che pare possa funzionare meglio dell'*MDC*, studi recenti hanno contribuito a migliorarlo.

Un aspetto positivo è che entrambi sono flessibili e possono essere facilmente modificati se un'evidenza specifica suggerisce che sono troppo stringenti o non lo sono abbastanza. Nel caso dell'*MDC*, si può alzare o abbassare il valore dell'*HHI* per rendere il controllo delle concentrazioni a maglie più larghe o strette. Nel caso del *DWP*, si può modificare il presupposto del guadagno di efficienza derivante dall'operazione.

Una considerazione finale riguarda la complessità di molte concentrazioni, che possono produrre effetti differenti sui mercati. Una concentrazione può ridurre la concorrenza sia nei mercati del prodotto che del lavoro, oppure in alcune aree geografiche dei mercati (del prodotto) e non in altre, e lo stesso vale per i mercati del lavoro. Si pensi, ad esempio, all'unione di due gruppi ospedalieri di dimensioni nazionali, che potrebbe ridurre il numero di ospedali rivali nella grande città X da quindici a quattordici e il numero di ospedali concorrenti della piccola città Y da tre a due; ovviamente, gli effetti sui mercati del prodotto e del lavoro saranno maggiori in Y, che non in X. In aggiunta, gli effetti sui mercati del lavoro e del prodotto sono probabilmente differenti anche nella piccola città: se non ci sono altri posti dove ottenere assistenza medica, gli effetti sul mercato del prodotto saranno significativi; al contempo, se ci sono numerose case di riposo è verosimile che gli effetti sul mercato del lavoro degli infermieri siano meno significativi. La maggior parte dei datori di lavoro offre vari tipi di occupazione, così come i produttori vendono diversi beni, e quindi devono essere tenute in considerazione le interazioni tra i diversi prodotti/occupazioni di un'impresa partecipante alla concentrazione e i prodotti/occupazioni dell'altra. Questi effetti complessi devono essere ponderati sia in relazione ai mercati del prodotto che del lavoro, e i rimedi - come nel caso dei controlli sulle concentrazioni - in alcuni mercati potrebbero comportare lo scorporo di società.

---

183 *Horizontal Merger Guidelines*, par. 6.1.

**4.3.** L'MDC e il DWP sono gli strumenti principali per le analisi delle concentrazioni nella fase iniziale, ed hanno avuto un ruolo importante anche nelle successive. Ciò nonostante, negli ultimi anni sono stati sempre più impiegati i modelli economici delle industrie e le simulazioni. Mentre l'MDC e il DWP identificano i fattori critici che giustificano un ulteriore approfondimento, e talvolta segnalano già che l'operazione è socialmente dannosa, si può mettere a punto un modello per ottenere previsioni accurate sugli effetti complessivi. Presupponendo che le imprese, impiegando una data tecnica di produzione, mirino a massimizzare i profitti, il modello reagisce - in termini di teoria dei giochi - ai comportamenti delle altre. Nel più semplice e comune di questi, sono determinanti la stima della domanda dei consumatori e gli schemi di sostituzione, elementi già complessi che di solito impongono di considerare una grande varietà di prodotti concorrenti<sup>184</sup>. Altri, sulla scorta di recenti innovazioni, vengono costruiti di stimare con più precisione altri fattori, come ad esempio le strutture dei costi di produzione delle imprese. In ogni caso, tali parametri vengono calcolati grazie ai dati reali delle industrie ed a tecniche sempre più diffuse nella letteratura sull'organizzazione industriale<sup>185</sup>.

Nel corso degli ultimi anni, poi, gli economisti hanno ampliato i modelli tradizionali per esaminare una gamma più ampia di fenomeni. Tra questi, annoveriamo: effetti dinamici, come la possibilità che una concentrazione favorisca o meno l'innovazione; effetti verticali, come l'eventualità che l'operazione riduca il c.d. "problema della doppia marginalizzazione" o, viceversa, incrementi gli incentivi di un'impresa ad aumentare i costi dei propri rivali; l'effetto sulle dinamiche contrattuali delle imprese nelle industrie B2B<sup>186</sup>. Molti rami dell'organizzazione industriale, specialmente quello noto come "organizzazione industriale strutturale" (*structural industrial organization*), rappresentano un laboratorio per lo sviluppo di queste nuove metodologie che, poi, vengono testate nello studio delle concentrazioni<sup>187</sup>.

Una serie di strumenti affini è stata messa a punto dalla *structural labor economics*, anche grazie all'influenza degli sviluppi poc'anzi citati. Sebbene i modelli strutturali siano stati integrati nei modelli del monopsonio dinamico<sup>188</sup>, questi tendono a prevedere molte imprese e, pertanto, non sono adatti allo studio delle concentrazioni.

---

184 Berry, Levinsohn, Pakes, 1995.

185 Nevo, 2000.

186 Gowrisankaran, Nevo, Town, 2015. Igami, 2017; Crawford, Lee, Whinston, Yurukoglu, 2018.

187 Einav, Levin, 2010; Weyl, 2017.

188 Postel-Vinay, Robin, 2002.

Ad ogni modo, non c'è alcuna ragione per cui i modelli sviluppati per l'analisi del mercato del prodotto non possano essere applicati al mercato del lavoro: il modello del monopsonio proposto da Card e coautori adatta al mercato del lavoro il modello fondamentale della stima della domanda<sup>189</sup>. Inoltre, Michael Keane e Kenneth Wolpin hanno sviluppato un modello dinamico di scelta tra istruzione e lavoro<sup>190</sup>. Alcune variabili più sofisticate, come le c.d. *nested labor markets supplies* (per esempio, prima si sceglie un'occupazione, poi una zona geografica, infine l'impresa) o le preferenze eterogenee per alcuni luoghi di lavoro, possono essere incluse con relativa facilità.

Sembra che l'aspetto più complesso consista nella natura bidirezionale della differenziazione dei mercati del lavoro, in quanto, come segnalato in precedenza, in essi sono determinanti le preferenze di datori di lavoro e lavoratori. Ad oggi, i modelli strutturali di questa duplice eterogeneità sono in via di definizione, nondimeno ricerche recenti ne suggeriscono la fattibilità (anche se appaiono essere gravosi dal punto di vista computazionale)<sup>191</sup>. Del resto, applicare ai mercati del lavoro modelli che non tengano conto delle preferenze idiosincriche bidirezionali – quindi, omettendo importanti fonti di differenziazione – equivarrebbe a sottostimarne la portata. Lo sviluppo di modelli appropriati (ad esempio includendo i salari) è fondamentale per l'analisi della concorrenza del mercato del lavoro, così come le tecniche di misurazione della domanda sono cruciali per simulare realisticamente le concentrazioni nei mercati del prodotto<sup>192</sup>. Da ultimo, alcuni dei fattori più sofisticati potrebbero variare tra mercati del lavoro e del prodotto a causa della natura durevole dei rapporti di lavoro: potrebbero, però, venire in soccorso le analisi sui comportamenti dei lavoratori derivanti dagli studi di *structural labor economics*<sup>193</sup>.

**4.4.** Nel paragrafo precedente abbiamo fatto riferimento a modelli economici complessi, sostenendo l'opportunità di una loro applicazione anche ai mercati del lavoro. Tuttavia, essi non forniscono risposte a tutti i problemi e devono perciò essere integrati mediante lo studio di altri fattori. Tra questi ultimi i più rilevanti sono: i guadagni di efficienza, l'ingresso sul mercato di nuovi attori e l'incidenza di fattori esterni sulla condotta dell'impresa, che sono già contemplati nello studio dei mercati del prodotto. Ora, applicheremo alcuni di questi fattori all'analisi del mercato del lavoro, specificando quando potrebbe essere richiesta una modifica.

---

189 Card, Cardoso, Heining, Klíne, 2018.

190 Keane, Wolpin, 1997.

191 Agarwal, 2015; Chiappori, Salanié, 2016; Menzel, 2015.

192 Budzinski, Ruhmer, 2010.

193 Fox, 2010.

*Efficienze.* Tra fattori più importanti vi sono le “efficienze” che, nonostante gli effetti anticoncorrenziali, possono rendere l’operazione vantaggiosa; possono essere suddivise in tre macro categorie: efficienze produttive, associate a economie di scala o effetti di rete; efficienze contrattuali, e altri modi attraverso cui ridurre il potere di mercato o facilitare gli scambi commerciali; quelle che possono essere denominate “efficienze di sopravvivenza”, riferibili ai casi in cui una partecipante alla concentrazione potrebbe altrimenti uscire dal mercato o diventare un concorrente ineffettivo, quindi semplicemente si accelera l’uscita di una parte<sup>194</sup>. Nonostante siano talvolta quantificabili, tipicamente vengono considerate nella loro accezione qualitativa.

Come una concentrazione che incrementi l’efficienza può diminuire il costo di produzione, allo stesso modo potrebbe aumentare la produttività del lavoro. Ad esempio, un’unica grande fabbrica potrebbe essere in grado di produrre aerei in un modo più efficiente rispetto a due piccole fabbriche, dato che la prima può suddividere la catena di montaggio in modo da ottenere maggiori vantaggi dalla specializzazione del lavoro. L’aumento della produttività può causare un incremento o una diminuzione della domanda di lavoro, a seconda della struttura del mercato del prodotto.

Secondo le linee guida sulle concentrazioni orizzontali, le imprese possono provare che all’operazione, altrimenti ritenuta anticoncorrenziale, conseguono efficienze tali da giustificare l’autorizzazione<sup>195</sup>. Questo tipo di difesa è soggetta a due importanti limiti. In primo luogo, il parametro del “benessere del consumatore” impone che i guadagni di efficienza siano di portata tale che, a fronte di un incremento del potere di mercato, il benessere del consumatore aumenti<sup>196</sup>. Se invece tale parametro è intaccato, l’efficienza non gioca a favore, anche se i profitti dell’azienda sono maggiori in proporzione alla perdita dei consumatori. Ad esempio, le operazioni che riducono i costi fissi di ciascuna impresa ma non i costi marginali di produzione, non riducendo i prezzi, sarebbero comunque vietate<sup>197</sup>.

In secondo luogo, le efficienze devono essere strettamente correlate alla concentrazione: devono essere raggiungibili, o possibili ad un costo ragionevole, solo attraverso

---

194 Hovenkamp, 2017.

195 *Horizontal Merger Guidelines*, par. 10.

196 *FTC v. Univ. Health, Inc.*, 938 F.2d 1206, 1222–23 (11th Cir. 1991); Areeda, Hovenkamp, 2016, 56 *le efficienze generate dalla concentrazione devono essere trasferite al consumatore in misura tale che, nonostante gli effetti anticoncorrenziali, “il prezzo ex post non sia più alto di quello ex ante”*.

197 *Armstrong, Vickers*, 2010.

essa<sup>198</sup>. A titolo esemplificativo, se due operatori di rete mobile volessero interconnettere le loro reti in modo che gli abbonati di entrambi possano beneficiarne, per difendere la concentrazione non potrebbero invocare la rete più vasta e diffusa: se la connessione delle loro reti fosse perseguibile per via contrattuale ad un costo ragionevole, allora non si potrebbe sostenere la necessità dell'operazione per il raggiungimento di tale scopo.

È chiaro che, con i dovuti accorgimenti relativi ad alcune criticità, molti di questi principi sono richiamabili nello studio dei mercati del lavoro, anche perché molti fattori che possono rappresentare efficienze dal lato del prodotto, lo sono anche dal lato del lavoro. Ad esempio, in analogia al parametro del "benessere del consumatore", le concentrazioni sospettate di ridurre la concorrenza nel mercato del lavoro dovrebbero essere sottoposte al parametro del «benessere del lavoratore»<sup>199</sup>. Così, un aumento dei profitti maggiore in proporzione al danno recato ai lavoratori non dovrebbe essere sufficiente. Viceversa, potrebbe essere concessa l'autorizzazione se l'incremento della produttività dei lavoratori (il ricavo marginale del prodotto dei lavoratori) non venisse completamente assorbito da prezzi più bassi o dall'aumento dei profitti. In questo modo, i danni causati dalla riduzione della concorrenza sarebbero interamente compensati, e, di conseguenza, salari, benefits e condizioni di lavoro migliorerebbero.

Ciò non significa che le concentrazioni che danneggiano i lavoratori non dovrebbero essere mai approvate, poiché le perdite subite da questi ultimi potrebbero essere compensate da altri vantaggi economici. Per il vero, la concentrazione di due imprese che operino in un mercato del lavoro privo di asimmetrie non dovrebbe più di tanto danneggiare i lavoratori: anche se provocasse significativi tagli del personale, in un mercato del lavoro competitivo i lavoratori licenziati troverebbero facilmente un'occupazione alternativa equivalente<sup>200</sup>. Di contro, l'operazione che faccia sorgere problemi di concorrenza non dovrebbe essere autorizzata per il solo fatto che consente di ridurre i costi eliminando posti di lavoro. In siffatti casi, la dottrina antitrust non consente che le perdite di un mercato siano assorbite dagli incrementi di efficienza di altri<sup>201</sup>. In questo modo, le implicazioni relative ai guadagni per i lavoratori rappresenterebbero

---

198 *Horizontal Merger Guidelines*, par. 10.

199 *Masterman*, 2016, 1416. Per una difesa di questa interpretazione, che loro più estensivamente chiamano lo standard del c.d. "trading partner welfare": *Hemphill, Rose*, 2018.

200 *Ciò in linea teorica. Le evidenze empiriche dimostrano che i lavoratori licenziati subiscono danni significativi e trovano con fatica un'occupazione alternativa equivalente. Davis., von Wachter*, 2011); *Schmieder, von Wachter, Heining*, 2018.

201 *Areeda, Hovenkamp*, 2016, 51.

i suoi effetti positivi, così come nei mercati del prodotto i benefici per i consumatori sono indicatori significativi, ma non assoluti, per valutare gli effetti sulla concorrenza.

Talvolta, la concentrazione può rivelarsi complessivamente dannosa per i mercati del lavoro (così da ridurre il benessere dei lavoratori) e, allo stesso tempo, avere effetti positivi sui mercati del prodotto (incrementando così il benessere dei consumatori). Questi casi dovrebbero essere trattati grossomodo come quelli in cui si verifica un danno alla concorrenza in un mercato del prodotto, ma ci sono benefici in un altro mercato del prodotto. Nei limiti del possibile, le autorità antitrust dovrebbero escogitare dei rimedi che contemporaneamente risolvano i pericoli per la concorrenza preservando gli effetti positivi, ad esempio, imponendo la chiusura di alcune unità che consentono l'aumento del potere di mercato. Ad ogni modo, non stiamo parlando di casi così ricorrenti: le concentrazioni che incrementano il potere di mercato datoriale alzano i costi complessivi e, di conseguenza, solitamente non provocano l'abbassamento dei prezzi per i consumatori; allo stesso modo, quelle che aumentano il potere nel mercato del prodotto, riducendo le vendite, di solito non creano posti di lavoro. Le autorità, infatti, non dovrebbero basarsi sulla falsa asserzione secondo cui l'abbassamento del costo del lavoro operato dal monopsonista viene trasferito ai consumatori tramite prezzi più bassi. Il potere monopsonistico aumenta il costo marginale complessivo che l'azienda deve sopportare e provoca dunque tutt'al più l'aumento dei prezzi. Un'analisi simile viene applicata ai guadagni di efficienza strettamente correlati alla concentrazione: i vantaggi in termini di produttività che potrebbero essere ottenuti senza gli effetti anti-competitivi della fusione non dovrebbero giocare un ruolo nello studio della stessa.

La seconda tipologia di efficienze viene solitamente considerata in relazione al c.d. «problema della doppia marginalizzazione» e ad altre correlazioni con la produzione o il consumo di prodotti. Normalmente le imprese che offrono prodotti complementari, o che forniscono fattori produttivi intermedi, possono fissare un *mark up* sui loro prodotti, generando un'accumulazione e, di conseguenza, impattando sui profitti e sul consumatore<sup>202</sup>. Un esempio recente è rappresentato dai fornitori di canali televisivi *premium*, spesso reti di sport regionali, che si sono uniti alle società via cavo. Studi recenti hanno evidenziato che in genere queste concentrazioni provocano un ribasso dei prezzi dei canali marginali, in quanto l'internalizzazione dei profitti delle reti televisive da parte delle compagnie via cavo conduce a prezzi più bassi (benché queste concentrazioni possano provocare effetti preclusivi anticoncorrenziali)<sup>203</sup>.

---

202 Gaudet, Van Long, 1996.

203 Crawford, Lee, Whinston, Yurukoglu, 2018, 44-45.

Si usa dire che queste operazioni abbiano una «componente verticale» e una «componente orizzontale» che sono fonte di problemi per l'antitrust. Ad esempio, un'impresa che produca carta per uso domestico è complementare al negozio di alimentari che ne vende un grande volume, ma può anche competere con il marchio di una catena di alimentari. Così, una concentrazione può provocare benefici verticali e danni orizzontali, che devono essere bilanciati per determinare l'effetto pro-concorrenziale netto. Le criticità sono simili nei mercati del lavoro: le occupazioni possono essere complementari, essenzialmente perché anche i lavoratori lo sono. Ad esempio, i ricercatori di una società che per lo più si occupano di inventare nuovi prodotti potrebbero essere molto più produttivi se la loro azienda si unisse ad un'altra che si concentra, invece, maggiormente sulla commercializzazione. I due gruppi di lavoratori potrebbero interagire e cooperare in modo più stretto se impiegati all'interno della stessa azienda, rispetto a quanto potrebbero fare in due imprese distinte, ancorché legate contrattualmente tra loro.

Ci possono poi essere complementarità meno dirette. Per esempio, gli ingegneri dei materiali potrebbero non collaborare direttamente con gli ingegneri elettrotecnici, tuttavia avere entrambi i gruppi nei medesimi uffici può incentivarne il confronto durante la pausa pranzo; così, un'unione di due società di consulenza può incrementare la produttività e i salari degli ingegneri. Tale concentrazione potrebbe essere altamente pro-concorrenziale anche se gli ingegneri potessero in ogni caso mangiare insieme a pranzo, in quanto l'impresa concentrata internalizza in tal modo il surplus di produttività che ciascuno porta all'altro, e ne deriverebbero salari più alti per entrambi i gruppi. Siffatto genere di benefici verticali deve essere bilanciato con il fatto che, ad esempio, ci sia una diminuzione della concorrenza nel mercato degli ingegneri non specializzati.

Da ultimo, le efficienze di sopravvivenza si manifestano quando è possibile che, senza la concentrazione, una delle due imprese esca dal mercato o non sia più un concorrente effettivo. Questo problema spesso si verifica quando un'impresa è prossima alla bancarotta oppure sta accumulando perdite ingenti in alcuni mercati decisivi. L'operazione verrà autorizzata se si dimostra in modo chiaro che, senza di essa, l'impresa uscirebbe dal mercato e che il danno che la stessa arreca alla concorrenza è inferiore rispetto all'uscita dell'impresa stessa (o che l'operazione potrebbe rinforzare la posizione concorrenziale dell'azienda partner che non è in crisi). Nei mercati del lavoro, argomentazioni simili possono assumere rilievo: il fatto che un datore di lavoro possa altrimenti "spostare la produzione in Cina" è un argomento spendibile per difendere una concentrazione. Comunque sia, come nei mercati del prodotto, sarà necessario dimostrare che non ci sono altre vie, come ad esempio la vendita ad un acquirente che non sia un concorrente diretto.

Riposizionamento, ingresso nel mercato e concorrenza potenziale. Oltre ai guadagni di efficienza, che sono il criterio più rilevante adottato nelle analisi delle concentrazioni nel mercato del prodotto, assumono rilievo anche altre considerazioni. Per esigenze di spazio, discuteremo brevemente solo quelle che possono essere utili anche per gli studi dei mercati del lavoro.

Uno dei fattori più importanti è rappresentato dal riposizionamento del prodotto, ossia il cambiamento che una concentrazione può determinare a quelle caratteristiche dei prodotti che non attengono al suo prezzo<sup>204</sup>. Infatti, l'abilità delle altre imprese di riposizionarsi sul mercato, in risposta all'unione di due imprese i cui prodotti siano simili, può mitigarne alcuni danni. Ad esempio, l'unione tra Whole Foods e Wild Oats, due catene di alimentari biologici di alto livello, eliminando la concorrenza, potrebbe abbassare la qualità del cibo biologico offerto ai consumatori. Di conseguenza, altri negozi di alimentari potrebbero migliorare la qualità dei loro prodotti per entrare negli spazi di mercato lasciati; certamente, questo effetto può solo ridurre gli effetti anti-competitivi della fusione, non eliminarli.

Considerazioni simili sono traslabili ai mercati del lavoro. Se la concentrazione tra le due maggiori miniere di carbone di una regione conducesse ad un aumento della disoccupazione dei minatori, altre imprese potrebbero riposizionare i loro posti di lavoro per avvantaggiarsi delle competenze specifiche dei minatori. Condizioni di lavoro, inquadramenti, flessibilità, malattia etc., sono benefici non economici così diversificati che verosimilmente rappresentano una modalità cruciale attraverso cui i datori di lavoro, che guadagnano potere di mercato grazie alle concentrazioni, l'eserciteranno. Così, ci aspettiamo che le analisi sui riposizionamenti occupazionali siano addirittura più rilevanti nei mercati del lavoro, rispetto ai mercati dei prodotti.

Per altro verso, le concentrazioni (specialmente quelle anticoncorrenziali) tendono a favorire l'ingresso di nuovi attori sul mercato. Nella misura in cui le società prossime all'operazione alzano il prezzo e competono tra loro in modo meno intenso, esse aprono lo spazio per opportunità di profitto da parte di una nuova impresa. In linea di principio, la tendenza ad incoraggiare l'ingresso può giustificare gli effetti anticoncorrenziali della fusione. Invero, non è chiaro se le imprese possano concretamente entrare in un mercato così facilmente come la teoria suppone.

Anche se verosimile, questo argomento è ancor più debole per i mercati del lavoro, dove le estese asimmetrie disincentivano l'entrata. Mentre si può entrare nel mer-

---

204 Gandhi, Froeb, Tschantz, Werden, 2008.

cato del prodotto semplicemente vendendo prodotti identici o simili a quelli venduti dall'impresa concentrata, nel caso del mercato del lavoro, un'impresa può entrare nel mercato assumendo i dipendenti licenziati dalla nuova società, ma dovrà poi replicare condizioni di lavoro che potrebbero in origine aver attratto i lavoratori, nonché scontrarsi con una forza lavoro demoralizzata dai precedenti licenziamenti<sup>205</sup>.

Altri elementi sempre più importanti per lo studio delle concentrazioni nei mercati del prodotto sono rappresentati dagli effetti sulla concorrenza *potenziale*. Probabilmente *Instagram* non era un diretto concorrente di *Facebook* al tempo in cui la seconda acquisì la prima, ma *Facebook* giustamente era in allarme perché, in futuro, *Instagram* avrebbe potuto avere successo nel riorientare i *social media* verso le immagini, in sostituzione del *mix* immagini-testo grazie al quale *Facebook* ha accumulato i suoi profitti.

Le acquisizioni per prevenire la concorrenza potenziale possono avere luogo anche quando vi è timore per la sopravvivenza della concorrenza nel mercato del lavoro. Negli anni recenti, le società del *Tech* si sono precipitate ad assumere programmatori specializzati nel *machine learning*<sup>206</sup> e una via per attirare questi talenti consiste nell'acquisire le *start-up*: *DeepMind* fu acquisita da *Google*<sup>207</sup>, *Maluuba* da *Microsoft*<sup>208</sup>, *Lattice Data* da *Apple*<sup>209</sup>; in alternativa, gli acquirenti avrebbero potuto cercare di assumere direttamente questi lavoratori promettendo alti compensi. Sembra allora probabile che i guadagni incassati dai lavoratori (rapportata agli investitori e ai pochi che siedono ai vertici di queste *start-up*) sia maggiore se essi operano in un regime di mercato del lavoro di tipo concorrenziale, che non se i loro rapporti vengano imputati ad un nuovo datore di lavoro grazie ai suddetti processi di incorporazione perché questi ultimi sottrae loro il vantaggio concorrenziale. Ne deriva che le analisi sulla concorrenza potenziale nel mercato del lavoro, specialmente nei mercati altamente dinamici, dovrebbero formare una parte importante dello scrutinio antitrust.

**4.5.** Per dare il senso di come i nostri approcci alle concentrazioni dovrebbero operare in concreto, presenteremo un breve caso costruito con dati reali in uno scenario ipotetico. Utilizzeremo l'esempio del settore infermieristico in quanto, grazie alla significativa quantità di studi in materia, sono disponibili molti dati.

---

205 Farrell, Katz, 2006.

206 Culbertson, 2018.

207 Shu, 2014.

208 Etherington, 2017.

209 Lunden, 2017.

Supponiamo che due di tre ospedali – ciascuno impiega 1/3 degli infermieri di un dato mercato del lavoro – propongano una concentrazione. L'operazione dovrebbe essere vietata a causa dei suoi effetti sul mercato del lavoro? Con questi dati è possibile calcolare la diminuzione dei salari degli infermieri attesa e verificare se i tre metodi discussi in precedenza conducono a risultati coerenti.

*MDC.* La concentrazione aumenterebbe l'indice *HHI* da 3333 a 5556, con una differenza di 2223<sup>210</sup>. Secondo le linee guida sulle concentrazioni orizzontali, l'operazione in oggetto dovrebbe essere presuntivamente bloccata a causa dell'*HHI* iniziale già alto e del suo significativo incremento. Barry Hirsh e Edward Schumacher hanno stimato l'effetto della concentrazione tra ospedali sui salari degli infermieri, mostrando che (quando stimato nelle prime differenze) il coefficiente sulla concentrazione ospedaliera è -0.4, il che determinerebbe un abbassamento dei salari degli infermieri di almeno il 9%<sup>211</sup>. In alternativa, utilizzando uno studio recente di più ampia portata condotto da José Azar, Ioana Marinescu e Marshall Steinbum, si stima un *HHI* di -0.127, perciò il conseguente aumento dell'*HHI* diminuirebbe i salari del 6.5%<sup>212</sup>. Queste stime, nonostante siano affette dalle note criticità dettate dal carattere endogeno della struttura di mercato, forniscono un'idea dei possibili costi per gli infermieri coinvolti. Così, dato un salario medio annuo di \$70,000 per gli infermieri abilitati, ci sarebbe una riduzione di circa \$4,550-\$6,300, con la perdita di alcuni posti di lavoro. In risposta, gli ospedali potrebbero tentare di dimostrare che i guadagni di efficienza consentono di alzare i salari: è possibile, ad esempio, che il lavoro degli infermieri venga impiegato in modo più efficiente in un ospedale piuttosto che in due; tuttavia, dovrebbe essere dimostrato un incremento di portata sufficiente.

*DWP.* In una concentrazione simmetrica, il valore *UPP* si calcola come  $m^*D$ , dove *D* sta per *diversion ratio* e *m* è il *mark up*. Alcuni calcoli inducono a ritenere che per i mercati del lavoro la misura sia la stessa,  $m^*D$ , dove *m* sta ora per *mark down*. Douglais Staiger, Joanne Spetz e Ciaran Phibbs stimano un'elasticità residuale dell'offerta di lavoro affrontata dall'ospedale di 0.1<sup>213</sup>, il che implica un *mark down* di 10, e la natura simmetrica dell'operazione implicherebbe  $D = 0.5$ , e quindi  $DWP = 0.5*10 = 5$ . Di conseguenza, per mantenere invariati i salari, la produttività del lavoro dovrebbe raddoppiare. Ancora una volta, gli ospedali dovrebbero dimostrare un guadagno di efficienza considerevole.

---

210 L'*HHI* pre-concentrazione è  $3 * 1/32 = 0.3333$ . L'*HHI* post concentrazione è  $2/32 + 1/32 = 0.5556$ .

211 Hirsch, Schumacher, 2005.

212 Azar, Marinescu, Steinbaum, 2020. Il calcolo è:  $\log(5556) - \log(3333) * -0.127 = -.0648$  o circa il 6.5%.

213 Staiger, Spetz, Phibbs, 2010.

Se invece si considera la c.d. *cross-wage elasticity* (elasticità incrociata del salario; l'effetto del salario di altri ospedali sul proprio) di 0.028, desumibile dall'effetto del salario VA<sup>214</sup> sui vicini ospedali non-VA studiati da Staiger, Spetz e Phibbs, la *diversion ratio* sarebbe  $0.028/0.1 = 0.28$ , e ciò implicherebbe un  $DWP = 10 * 0.28 = 2.8$ . Entrambi i valori del  $DWP$  sono molto più alti rispetto al minimo richiesto per attivare lo scrutinio antitrust.

La portata dei  $DWP$  di una concentrazione ospedaliera dipende dall'elasticità residuale dell'offerta di lavoro di infermieri e altri operatori sanitari. La tabella 2 mostra i  $DWP$  di una serie di elasticità residuali dell'offerta di lavoro di infermieri (e aiuto infermieri) presenti in letteratura. Le curve stimate di elasticità residuale dell'offerta di lavoro variano molto e lo studio che adotta il metodo di calcolo più credibile fornisce i valori più bassi. La tabella mostra le stime  $DWP$  dell'elasticità incrociata e delle singole elasticità. Per le elasticità residuali dell'offerta sotto 3.5, le previsioni  $DWP$  di una concentrazione simmetrica suggeriscono di condurre lo scrutinio secondo le attuali linee guida. Peraltro, anche con le elasticità residuali dell'offerta di lavoro più alte calcolate da Daniel Sullivan<sup>215</sup>, il  $DWP$  è maggiore di 0.01. Chiaramente, al diminuire del grado di potere di mercato il  $DWP$  diminuisce, e le stime di elasticità dell'offerta di infermieri<sup>216</sup> e aiuto infermieri<sup>217</sup> implicherebbero un  $DWP$  sotto ogni soglia significativa. In aperto contrasto con lo status quo, ciò suggerisce che in molte concentrazioni ospedaliere dovrebbero essere analizzati attentamente gli effetti sul mercato del lavoro.

---

214 N.d.t.: *Veteran Health administration*; fa riferimento agli ospedali per i reduci.

215 Sullivan, 1989.

216 Hansen, 1992.

217 Matsudaira, 2014, 100-01.

**TABELLA 2**<sup>218</sup>

Elasticità	Elasticità incrociata <sup>219</sup>	Div. Ratio	DWP	Fonte
0.183	0.028	0.15301	8.4E-01	Staiger e altri <sup>220</sup>
1.26	0.028	0.02222	1.8E-02	Sullivan <sup>221</sup>
3.85	0.028	0.00727	1.9E-03	Sullivan
16.67	0.028	0.00168	1.01E-04	Matsudaira <sup>222</sup>
29	0.028	0.00097	3.3E-05	Hansen <sup>223</sup>
56	0.028	0.0005	8.9E-06	Hansen
1000	0.028	0.00003	2.8E-08	Matsudaira
0.199	0.116	0.58291	2.9E+00	Staiger e altri
1.26	0.116	0.09206	7.3E-02	Sullivan
3.85	0.116	0.03013	7.8E-03	Sullivan
16.67	0.116	0.00696	4.2E-04	Matsudaira
29	0.116	0.00400	1.4E-04	Hansen
56	0.116	0.00207	3.75E-05	Hansen
1000	0.116	0.00012	1.2E-07	Matsudaira

*Simulazione di concentrazione.* Simulare gli effetti di una concentrazione ospedaliera sui salari degli infermieri va oltre lo scopo di questo articolo, ma è assolutamente fattibile. Ad esempio, nello Stato della California i dati sui posti di lavoro di differenti tipologie di infermieri (in termini orari) sono pubblici<sup>224</sup>. Questo è il materiale necessario per analizzare un “sistema di offerta del lavoro”, in analogia con il “sistema di domanda del prodotto” ampiamente utilizzato per condurre le simulazioni di fusione (si pensi al noto metodo Berry-Levinsohn-Pakes<sup>225</sup>). Inoltre, le stime del sistema di domanda richiedono spesso l’adozione di strumenti con ipotesi di dubbia esogeneità. Gli economisti

218 I calcoli sono stati condotti presupponendo che ciascuna delle imprese prossime alla concentrazione impieghi un terzo dei lavoratori del mercato e il salario orario sia di \$10.00.

219 Le cross-elasticities sono tratte da Staiger, Spetz, Phibbs, 2010.

220 Staiger, Spetz, Phibbs, 2010.

221 Sullivan, 1989.

222 Matsudaira, 2014.

223 Hansen, 1992.

224 Office of Statewide Health Planning and Dev., Hospital Staffing, 2009 – 2013, CHHS OPEN DATA, (<https://data.chhs.ca.gov/dataset/hospital-staffing-2009-2013>)

225 Berry, Levinsohn, Pakes, 1995., 841-43.

del lavoro utilizzano regolarmente significative variazioni dei prezzi di prodotti esogeni per identificare le elasticità dell'offerta di lavoro<sup>226</sup>. Sovente gli effetti dei prezzi esogeni sui salari vengono denominati *rent-sharing elasticities*, e dividendo questi per l'effetto sull'occupazione si ottiene l'elasticità residuale dell'offerta.

Con questi dati a disposizione, il principale ostacolo alla costruzione di un modello realistico rimarrebbe incorporare simultaneamente le preferenze degli ospedali sugli infermieri con le preferenze di questi ultimi sui primi. Si tratta di una sfida interessante che richiederebbe alcuni progressi – che non sembrano infattibili – sullo stato dell'arte della stima di incontro tra domanda e offerta di lavoro.

*Difese.* Non avendo mai assistito ad un tentativo di giustificare gli effetti anti-competitivi delle concentrazioni nei mercati del lavoro, è difficile ipotizzare quali efficienze cercherebbero di far emergere le imprese partecipanti alla concentrazione. Una possibilità, menzionata in precedenza, è che si potrebbe determinare una riduzione degli esuberi; un'altra è che l'operazione potrebbe aumentare la produttività (più facile condivisione di casi clinici registrati o consultazioni tra ospedali). Le parti dell'operazione dovrebbero dimostrare che tali efficienze potrebbero aumentare i salari e non sarebbero ottenibili per altra via. Ci sono, poi, altri fattori che sembrano importanti: in particolare, le variazioni di orario di lavoro, *benefits* e mansioni, dal momento che possono essere molto specifici per ciascun ospedale, e visto che agli infermieri spesso si richiede di coprire turni. Date le grandi economie di scala e considerato che di solito è necessaria l'affiliazione con le università, dubitiamo che le analisi di base sarebbero in grado di svolgere un ruolo significativo, anche riguardo alla concorrenza potenziale. In parallelo, potrebbe essere importante considerare gli effetti coordinati: vista la vicinanza geografica degli ospedali e i loro contatti frequenti circa, ad esempio, la salute pubblica, si potrebbero presentare occasioni per collusioni sui salari.

In sintesi, gli strumenti già utilizzati per stimare gli effetti delle concentrazioni sui prezzi dei mercati del prodotto possono essere agevolmente applicati agli effetti sui salari nei mercati del lavoro. Utilizzando le stime disponibili sul potere di mercato degli ospedali nel mercato infermieristico e le attuali tecniche di analisi antitrust, si è stimato che le concentrazioni ospedaliere determinano effetti considerevoli sui salari; ciò suggerisce che le autorità dovrebbero sottoporle ad un grado di approfondimento ulteriore.

---

226 Card, Cardoso, Heining, Kline, 2018; Naidu, Yuchtman, 2016; Garin, Silverio, 2018.

**5.1.** I patti di non concorrenza prevedono che se un dipendente si dimette o viene licenziato non potrà lavorare per un datore di lavoro che si trovi in concorrenza rispetto al vecchio datore di lavoro; tipicamente, essi definiscono un settore produttivo, un'area geografica e un limite temporale. Le Corti di *common law* sono tenute a vagliare tali patti e non vi danno esecuzione qualora siano "irragionevoli", ossia quando sono troppo stringenti rispetto a quanto risulta necessario per proteggere gli interessi del datore di lavoro, quali segreti industriali o investimenti formativi. Nonostante l'evidente restrizione della concorrenza, le Corti non sono, invece, mai state inclini ad accogliere l'idea che siffatti accordi potrebbero violare la legislazione antitrust<sup>227</sup>.

Negli ultimi anni si è fatta strada l'idea che tali patti non vengano utilizzati per scopi legittimi, bensì per ridurre la concorrenza. L'ampio utilizzo di clausole di non concorrenza nei contratti dei lavoratori poco qualificati, inclusi i preparatori di *sandwich*<sup>228</sup>, suggerisce che i patti stessi vengono inseriti nei contratti di lavoro per aumentare il costo dell'*exit* dei lavoratori motivato dal trasferimento presso un concorrente. Traslando l'immediata difficoltà riscontrata dai lavoratori, l'uso estensivo dei patti di non concorrenza può aumentare la concentrazione dei mercati del lavoro. Per capirne il motivo, si immagini che una singola impresa (o un gruppo ristretto) domini il mercato del lavoro in una certa area geografica. Se queste imprese utilizzano accordi di non concorrenza, nuove imprese sarebbero disincentivate dall'entrare nel mercato del lavoro, in quanto avrebbero difficoltà ad assumere manodopera. Così, i patti di non concorrenza possono essere usati per consolidare o espandere il potere datoriale nel mercato del lavoro.

La tradizionale analisi di *common law* non coglie queste criticità perché alla Corte non viene richiesto di guardare al potere di mercato. Sebbene i problemi siano di più ampio spettro, lo scrutinio si concentra sul possibile disagio del dipendente<sup>229</sup>. Se essi sono assunti da un monopsonista del mercato del lavoro, quest'ultimo può disincentivare altre imprese dall'entrare sul mercato offrendo salari e condizioni di lavoro migliori. Pertanto, il costo sociale di un patto di non concorrenza non dipende solo dall'effetto sul singolo lavoratore (che, in linea teorica, potrebbe essere compensato da un salario maggiore), ma dall'impatto complessivo sul mercato del lavoro ovvero, nello specifico, dall'estensione del potere datoriale nel mercato del lavoro.

---

227 *Eichorn v. AT&T Corp.*, 248 F.3d 131, 146-48 (3d Cir. 2001). *McDonald v. Johnson & Johnson*, 722 F.2d 1370, 1378 (8th Cir. 1983).

228 *Jamieson*, 2014.

229 *HR Staffing Consultants LLC v. Butts*, 627 F. App'x 168, 172-73 (3d Cir. 2015); *Nationwide Mut. Ins. Co. v. Cornutt*, 907 F.2d 1085, 1089 (11th Cir. 1990).

In linea con questa ipotesi, Evan Starr, JJ Prescott e Norman Bishara hanno riscontrato che i patti di non concorrenza peggiorano le condizioni dei lavoratori nei mercati monopsonistici, ma non nei mercati competitivi<sup>230</sup>, mentre Evan Starr, Justin Frake e Rajshree Agarwal hanno dimostrato che i livelli statali di esecuzione di questi patti hanno un effetto negativo su numero di offerte, mobilità, e salari, nonché nei confronti di coloro che non sono direttamente coperti dai tali accordi<sup>231</sup>. Ciò impone uno scrutinio dell'autorità antitrust, piuttosto che l'analisi di *common law*.

Il diritto antitrust già dispone delle categorie per affrontare questo problema. In analogia con il mercato dei prodotti, si consideri un accordo di esclusiva: se un importante venditore con potere nel mercato del prodotto vende solo a distributori che accettano di non commerciare i prodotti dei concorrenti, allora il primo venditore sarà in grado di rafforzare la sua posizione di mercato contro i possibili rivali. Per questa ragione, gli accordi di esclusiva possono essere, e spesso concretamente sono, contestati sotto l'egida del diritto antitrust<sup>232</sup>. Ad esempio, le Corti hanno affermato che relazioni di esclusiva tra imprese con potere di mercato e lavoratori autonomi possono violare la legislazione antitrust<sup>233</sup>. La stessa analisi dovrebbe essere applicata agli accordi di non concorrenza.

**5.2.** Nathan Wilmers ha riscontrato che grandi compratori come *Walmart* hanno cercato di controllare i salari che i loro fornitori corrispondono ai propri dipendenti<sup>234</sup>. Secondo il suo studio, quando i fornitori vendono a *retailer* come *Walmart*, i salari dei loro dipendenti diminuiscono. Nonostante il meccanismo di questa dinamica non sia chiaro, una possibilità è che i grandi *retailers* impongano ai loro fornitori di retribuire i lavoratori al di sotto di una certa soglia, così da ridurre la concorrenza tra i fornitori stessi e, di conseguenza, consentendo loro di trasmettere i risparmi del costo del lavoro al *retailer*.

---

230 Starr, Prescott, Bishara, 2020.

231 Starr, Frake, Agarwal, 2019.

232 Ornstein, 1989.

233 *Le v. Zuffa, LLC*, 216 F. Supp. 3d 1154, 1167-69 (D. Nev. 2016), i procuratori di arti marziali con significativo potere di mercato potrebbero aver violato la legislazione antitrust richiedendo ai lottatori di sottoscrivere accordi di esclusiva indefiniti; *Christou v. Beatport, LLC*, 849 F. Supp. 2d 1055, 1063 (D. Colo. 2012), I night clubs ricorrenti affermarono che il sito web dell'imputato e l'operatore del night club avevano minacciato i DJs che si erano offerti di lavorare per i ricorrenti. Anche se i DJs non erano parti, la coercizione usata contro di loro rappresenta un ulteriore esempio di condotte anticoncorrenziali nel mercato del lavoro.

234 Wilmers, 2018.

Se l'ipotesi fosse corretta, allora imprese come *Walmart* starebbero attuando condotte anticoncorrenziali che provocano danni ai lavoratori. Si tratterebbe dell'immagine riflessa del prezzo minimo di vendita imposto, che si ha quando un venditore (come un produttore) impone ai suoi clienti (grossisti e rivenditori) di vendere beni ad un prezzo superiore ad un determinato importo. Quando il venditore detiene potere di mercato, l'effetto del suo comportamento è di orchestrare un cartello tra i clienti, i quali, invece di competere, fissano il prezzo prestabilito. La riduzione del salario del fornitore ha come esito un effettivo cartello tra i fornitori, che così possono pagare i dipendenti al di sotto del prodotto marginale, trasferendo parte dei risparmi di costo sul compratore. Come il prezzo minimo di vendita imposto<sup>235</sup>, la riduzione del salario del fornitore dovrebbe essere considerata una violazione della legislazione antitrust.

**5.3.** Corti e regolatori hanno già riconosciuto che i fenomeni collusivi nei mercati del lavoro violano la normativa antitrust. Le imprese possono essere ritenute responsabili per la conclusione di accordi di fissazione dei salari e per la condivisione di informazioni sui trattamenti retributivi, realizzati allo scopo di agevolare il coordinamento dei salari<sup>236</sup>. Inoltre, possono essere sanzionate per accordi taciti che impongono di non presentare offerte di lavoro ai rispettivi dipendenti ("*no-poaching agreements*", "*no-switching agreements*") e attività correlate<sup>237</sup>.

Ad esempio, nel 2010 numerose aziende del settore Tech, che avevano concluso simili accordi reciproci di non assunzione, sottoscrissero accordi transattivi con il DOJ<sup>238</sup>.

Tramite una variante di tali condotte, i franchisors hanno impedito ai *franchisees* di competere per i dipendenti: dal 2016 più di metà dei maggiori franchisors realizzano queste pratiche, rispetto a circa un terzo nel 1996<sup>239</sup>. Nel 2017, i dipendenti di *McDonald's* hanno citato in giudizio la società contestando il divieto imposto ai *franchisees* di assumere i rispettivi dipendenti<sup>240</sup>. In passato, i *franchises*, grazie alla dottrina

---

235 *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 882 (2007), afferma che, nonostante non siano di per sé violazioni, gli accordi di prezzo minimo di vendita imposto possono violare lo Sherman Antitrust Act.

236 *Cason-Merenda v. Detroit Med. Ctr.*, 862 F. Supp. 2d 603, 645-47 (E.D. Mich. 2012), si consentì agli infermieri di provare la collusione attraverso la condivisione di informazioni.

237 *Lindsay, Santon*, 2012; *Cason-Merenda*, 862 F. Supp. 2d 645-47, coordinamento tra ospedali contro gli infermieri; *Jung v. Ass'n of Am. Med. Colls.*, 300 F. Supp. 2d 119, 162 (D.D.C. 2004), coordinamento tra programmi di residenza medica.

238 V. nt. 48.

239 *Krueger, Posner*, 2018.

240 *Deslandes v. McDonald's USA, LLC*, No. 17-cv-04857 (N.D. Ill. 28.06.2017), 2017 WL 2804891.

dell'unità economica unica, erano riusciti ad evitare la responsabilità antitrust<sup>241</sup>; in forza di essa, se un *franchise* viene definito come una società unica, la collusione è impossibile, dal momento che tale fattispecie deve coinvolgere almeno due entità che cooperano<sup>242</sup>. Nondimeno, dal punto di vista regolativo, la sola questione rilevante è se molteplici *franchisees* in un singolo mercato del lavoro detengano potere di mercato e, quindi, possano ridurre i salari tramite pratiche collusive. In caso affermativo, il fatto che siano nominalmente controllati da un unico franchisor dovrebbe essere irrilevante.

**5.4.** Ci sono altre pratiche anticoncorrenziali tipiche dei mercati del prodotto che presentano analogie con quanto avviene nei mercati del lavoro. Sebbene casi giurisprudenziali o allegazioni di tali condotte non siano noti, meritano comunque una menzione.

*Prezzi predatori/assunzioni predatorie.* Per un venditore con potere di mercato può essere conveniente fissare prezzi inferiori ai valori di mercato allo scopo di mandare in bancarotta un nuovo concorrente, per poi, dopo la sua uscita, ricaricare i prezzi sopra i livelli precedenti. Nello scenario tipico, il monopolista mantiene alti i prezzi fintanto che compare un nuovo concorrente; poi, fissa i prezzi al di sotto del livello di mercato così da impedire al concorrente di acquisire clienti, per un tempo sufficiente a costringere il nuovo entrante ad uscire dal mercato; infine, rialza nuovamente i prezzi. Benché sia difficile da provare, la strategia dei prezzi predatori essa rappresenta una condotta anticoncorrenziale illegittima<sup>243</sup>.

Se per il monopolista i prezzi predatori rappresentano la strategia razionale, per il monopsonista del lavoro lo sono le "assunzioni predatorie". Si immagini che un importante datore di lavoro – ad esempio, un ospedale – in una piccola città corrisponda agli infermieri salari inferiori ai valori di mercato; una nuova impresa entra nel settore, sperando di poter attirare infermieri tramite salari di mercato; il primo operatore risponde aumentando i salari sopra il ricavo marginale del prodotto, sfruttando la copertura economica offerta dai precedenti profitti monopsonistici adottando temporaneamente una strategia in perdita; il nuovo attore esce dal mercato perché non riesce ad assumere infermieri; quindi, il primo ospedale abbassa i salari o peggiora le

---

241 *Williams v. I.B. Fischer Nev.*, 999 F.2d 445, 447–48 (9th Cir. 1993), afferma che un "accordo di non assunzione" la quale proibisce al manager di un ristorante di spostarsi tra differenti sedi del franchise, non viola la legislazione antitrust.

242 *Lindsay, Santon*, 2012.

243 *Brooke Grp. Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 226 (1993).

condizioni di lavoro. La condotta di quest'ultimo integrerebbe la strategia di assunzioni predatorie, e dovrebbe essere considerata illegale per le stesse ragioni per cui lo sono i prezzi predatori.

*Preclusioni verticali.* Il diritto antitrust adotta un approccio meno rigido in merito alle concentrazioni verticali (rispetto alle concentrazioni orizzontali) perché non consolidano i mercati del prodotto con la stessa frequenza<sup>244</sup>. Ciononostante, certe integrazioni verticali pongono una serie di rischi. Si supponga che un venditore a monte (un produttore o un fornitore) detenga potere di mercato e concluda un'operazione di concentrazione con uno di due (o di pochi) compratori a valle. All'esito, l'impresa concentrata vende all'altro (o agli altri) compratore(i) ad un prezzo più alto, garantendosi (tramite la nuova capacità di essere anche venditore a valle) un vantaggio competitivo. Questo fenomeno è noto come preclusione ed è illegale ai sensi della legislazione antitrust<sup>245</sup>.

In questo caso, i mercati del prodotto finale e del lavoro si comportano allo stesso modo. Si pensi, ad esempio, ad un mercato di assistenza infermieristica con due ospedali, entrambi rivolti a pazienti coperti dalla stessa assicurazione sanitaria. Ora, se l'assicurazione sanitaria in questione acquisisse l'ospedale 1 e riducesse i tassi di rimborso per i pazienti dell'ospedale 2, ciò abbasserebbe la domanda di aiuto infermieri da parte di quest'ultimo ospedale, dando così all'ospedale 1 la capacità di abbassare i salari.

*Consumatore (più) favorito/Lavoratore (più) favorito.* Mediante la clausola del consumatore più favorito [*Most favored consumer, MFC*], un fornitore promette ad un compratore di non concedere prezzi inferiori ad un suo concorrente. Negli ultimi anni, le autorità antitrust hanno iniziato a studiare questo tipo di clausola, preoccupate dal fatto che un compratore con potere di mercato significativo può sfruttare tale forza per controllare la concorrenza nel mercato del prodotto<sup>246</sup>.

Lo studio di Bulow e Levin del *National Resident Matching Program* mostra un simile comportamento datoriale<sup>247</sup>. Questi autori evidenziano come un datore di lavoro che

---

244 U.S. Department of Justice, *Non-Horizontal Merger Guidelines*, par. 4, 1984. Testo disponibile al sito: <https://www.justice.gov/atr/non-horizontal-merger-guidelines>

245 *Calnetics Corp v. Volkswagen of Am., Inc.*, 532 F.2d 674, 691 (9th Cir. 1976), "una restrizione verticale illegittima può esistere quando c'è una integrazione verticale – come la proprietà comune di fornitore e cliente – per cui tale legame crea il pericolo di alterazione delle normali dinamiche concorrenziali".

246 Kang, 2013.

247 N.d.t.: Il *National Resident Matching Program*, noto anche come *The Match*, è un'organizzazione

si impegni pubblicamente a non realizzare discriminazioni salariali – i salari, quindi, saranno ancorati a criteri oggettivi come l'anzianità – riduce la concorrenza per i lavoratori e abbassa i salari. In linea con ciò, la promessa di prefissare le retribuzioni disincentiva le imprese dal competere per i lavoratori più ambiti<sup>248</sup>, e può altresì facilitare fenomeni collusivi. Se tutti sanno che i concorrenti non corrispondono ai dipendenti retribuzioni superiori ad una certa soglia, allora potranno più facilmente colludere sui livelli salariali, essendo consapevoli che se rifiutano di aumentare il salario ad un certo dipendente, quest'ultimo non verrà attirato da un concorrente tramite uno stipendio più alto. Dato che una condotta simile fu alla base della causa contro il *National Resident Matching Program*<sup>249</sup>, questa fattispecie potrebbe meritare un'analisi più approfondita.

Analogamente, negli ultimi anni le strategie di pareggio dell'offerta (tecniche adottate dai venditori per eguagliare i prezzi dei rivali) hanno iniziato ad essere sottoposte allo scrutinio antitrust<sup>250</sup>. Le imprese, infatti, sono poco incentivate a diminuire i prezzi se ad ogni abbassamento verranno immediatamente seguite dai concorrenti. A quanto si dice, queste pratiche (spesso occulte) risultano essere oltremodo comuni nelle assunzioni. Così, un'università che voglia assumere un ricercatore probabilmente gli chiederà di rivelare gli stipendi offerti da altri istituti, in modo da emularli. Senza dubbio, tali pratiche distolgono le università dall'idea di competere sulle offerte in modo aggressivo, così frenando la concorrenza. Per questi motivi, sembrano promettenti analisi antitrust che verifichino se queste pratiche sono così diffuse come pare.

**6.** Il potere datoriale nel mercato del lavoro è diffuso e rappresenta un costo per la società. Esso rappresenta un fattore negativo per la crescita economica e l'uguaglianza, e alimenta conflitti politici. Nonostante ciò, è generalmente ignorato dalle autorità antitrust e non è mai stato ritenuto sufficiente per sottoporre a scrutinio le concentrazioni, in contrasto con le attenzioni che sono invece riservate ai mercati del prodotto. Questa asimmetria non è giustificata né dalle dottrine giuridiche né dalle teorie economiche e, pertanto, l'analisi economica dei mercati del prodotto, regolarmente utilizzata per lo scrutinio delle concentrazioni, potrebbe essere agevolmente applicata anche al mercato del lavoro.

---

*no-profit statunitense che fornisce un meccanismo per favorire l'incontro domanda-offerta tra le preferenze dei candidati (aspiranti medici) per le posizioni di specializzazione (residency) con le preferenze dei direttori di tali programmi.*

248 Bulow, Levin, 2006, 662.

249 Jung v. Ass'n of Am. Med. Colls., 300 F. Supp. 2d 119, 126-27 (D.D.C. 2004).

250 Kennison, Cernak, 2017.

Inoltre, dato l'alto tasso di concentrazione, vale la pena chiedersi se non sia addirittura necessaria un'azione più incisiva nei mercati del lavoro. Nel diciannovesimo secolo, anni senza una regolazione antitrust hanno condotto ad uno scenario economico dominato da un ristretto numero di cartelli molto potenti<sup>251</sup>. Quanto sopraggiunsero i presupposti politici, entrò in vigore lo *Sherman Act* e molti dei più grandi *trusts* furono sciolti. L'attuale panorama mostra un numero di datori di lavoro estremamente potenti, esito di concentrazioni incontrollate e altre condotte anticoncorrenziali nei mercati del lavoro. Per trarre consimili conclusioni in relazione ad una singola impresa sarebbe ovviamente necessario un supplemento di accurata analisi. È tempo, comunque, che le autorità antitrust pongano la loro attenzione verso i grandi datori di lavoro (come *Compass Group*, *Accenture*<sup>252</sup>, *Amazon*, *Uber* e *Walmart*), così come verso le imprese fondate su piattaforme digitali che ricevono un grande flusso di dati senza corrispondere alcun compenso (come *Facebook* e *Google*)<sup>253</sup>. Può darsi che alcune di queste società abbiano raggiunto un potere monopsonistico tale da richiedere di essere scorporate.

---

251 Adams, Brock, 1990.

252 Weber, 2017.

253 Arrieta Ibarra, Goff, Jiménez Hernández, Lanier, Weyl, 2018.

# **Executive Order on Promoting Competition in the American Economy (9.7.2021)<sup>254</sup>**

*By the authority vested in me as President by the Constitution and the laws of the United States of America, and in order to promote the interests of American workers, businesses, and consumers, it is hereby ordered as follows:*

## Section 1. Policy

A fair, open, and competitive marketplace has long been a cornerstone of the American economy, while excessive market concentration threatens basic economic liberties, democratic accountability, and the welfare of workers, farmers, small businesses, startups, and consumers.

The American promise of a broad and sustained prosperity depends on an open and competitive economy. For workers, a competitive marketplace creates more high-quality jobs and the economic freedom to switch jobs or negotiate a higher wage. For small businesses and farmers, it creates more choices among suppliers and major buyers, leading to more take-home income, which they can reinvest in their enterprises. For entrepreneurs, it provides space to experiment, innovate, and pursue the new ideas that have for centuries powered the American economy and improved our quality of life. And for consumers, it means more choices, better service, and lower prices.

Robust competition is critical to preserving America's role as the world's leading economy.

Yet over the last several decades, as industries have consolidated, competition has weakened in too many markets, denying Americans the benefits of an open economy and widening racial, income, and wealth inequality. Federal Government inaction has contributed to these problems, with workers, farmers, small businesses, and consumers paying the price.

Consolidation has increased the power of corporate employers, making it harder for

---

<sup>254</sup> Testo disponibile al sito: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/>

workers to bargain for higher wages and better work conditions. Powerful companies require workers to sign non-compete agreements that restrict their ability to change jobs. And, while many occupational licenses are critical to increasing wages for workers and especially workers of color, some overly restrictive occupational licensing requirements can impede workers' ability to find jobs and to move between States.

Consolidation in the agricultural industry is making it too hard for small family farms to survive. Farmers are squeezed between concentrated market power in the agricultural input industries — seed, fertilizer, feed, and equipment suppliers — and concentrated market power in the channels for selling agricultural products. As a result, farmers' share of the value of their agricultural products has decreased, and poultry farmers, hog farmers, cattle ranchers, and other agricultural workers struggle to retain autonomy and to make sustainable returns.

The American information technology sector has long been an engine of innovation and growth, but today a small number of dominant Internet platforms use their power to exclude market entrants, to extract monopoly profits, and to gather intimate personal information that they can exploit for their own advantage. Too many small businesses across the economy depend on those platforms and a few online marketplaces for their survival. And too many local newspapers have shuttered or downsized, in part due to the Internet platforms' dominance in advertising markets.

Americans are paying too much for prescription drugs and healthcare services — far more than the prices paid in other countries. Hospital consolidation has left many areas, particularly rural communities, with inadequate or more expensive healthcare options. And too often, patent and other laws have been misused to inhibit or delay — for years and even decades — competition from generic drugs and biosimilars, denying Americans access to lower-cost drugs.

In the telecommunications sector, Americans likewise pay too much for broadband, cable television, and other communications services, in part because of a lack of adequate competition. In the financial-services sector, consumers pay steep and often hidden fees because of industry consolidation. Similarly, the global container shipping industry has consolidated into a small number of dominant foreign-owned lines and alliances, which can disadvantage American exporters.

The problem of economic consolidation now spans these sectors and many others, endangering our ability to rebuild and emerge from the coronavirus disease 2019 (COVID-19) pandemic with a vibrant, innovative, and growing economy. Meanwhile, the

United States faces new challenges to its economic standing in the world, including unfair competitive pressures from foreign monopolies and firms that are state-owned or state-sponsored, or whose market power is directly supported by foreign governments.

We must act now to reverse these dangerous trends, which constrain the growth and dynamism of our economy, impair the creation of high-quality jobs, and threaten America's economic standing in the world.

This order affirms that it is the policy of my Administration to enforce the antitrust laws to combat the excessive concentration of industry, the abuses of market power, and the harmful effects of monopoly and monopsony – especially as these issues arise in labor markets, agricultural markets, Internet platform industries, healthcare markets (including insurance, hospital, and prescription drug markets), repair markets, and United States markets directly affected by foreign cartel activity.

It is also the policy of my Administration to enforce the antitrust laws to meet the challenges posed by new industries and technologies, including the rise of the dominant Internet platforms, especially as they stem from serial mergers, the acquisition of nascent competitors, the aggregation of data, unfair competition in attention markets, the surveillance of users, and the presence of network effects.

Whereas decades of industry consolidation have often led to excessive market concentration, this order reaffirms that the United States retains the authority to challenge transactions whose previous consummation was in violation of the Sherman Antitrust Act (26 Stat. 209, 15 U.S.C. 1et seq.)(Sherman Act), the Clayton Antitrust Act (Public Law 63-212, 38 Stat. 730, 15 U.S.C. 12et seq.)(Clayton Act), or other laws. See 15 U.S.C. 18; *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1(1911).

This order reasserts as United States policy that the answer to the rising power of foreign monopolies and cartels is not the tolerance of domestic monopolization, but rather the promotion of competition and innovation by firms small and large, at home and worldwide.

It is also the policy of my Administration to support aggressive legislative reforms that would lower prescription drug prices, including by allowing Medicare to negotiate drug prices, by imposing inflation caps, and through other related reforms. It is further the policy of my Administration to support the enactment of a public health insurance option.

My Administration further reaffirms the policy stated in Executive Order 13725 of April 15, 2016 (Steps to Increase Competition and Better Inform Consumers and Workers to Support Continued Growth of the American Economy), and the Federal Government's commitment to the principles that led to the passage of the Sherman Act, the Clayton Act, the Packers and Stockyards Act, 1921 (Public Law 67-51, 42 Stat. 159, 7 U.S.C. 181et seq.) (Packers and Stockyards Act), the Celler-Kefauver Antimerger Act (Public Law 81-899, 64 Stat. 1125), the Bank Merger Act (Public Law 86-463, 74 Stat. 129, 12 U.S.C. 1828), and the Telecommunications Act of 1996 (Public Law 104-104, 110 Stat. 56), among others.

## Sec. 2. The Statutory Basis of a Whole-of-Government Competition Policy.

(a) The antitrust laws, including the Sherman Act, the Clayton Act, and the Federal Trade Commission Act (Public Law 63-203, 38 Stat. 717, 15 U.S.C. 41et seq.), are a first line of defense against the monopolization of the American economy.

(b) The antitrust laws reflect an underlying policy favoring competition that transcends those particular enactments. As the Supreme Court has stated, for instance, the Sherman Act "rests on the premise that the unrestrained interaction of competitive forces will yield the best allocation of our economic resources, the lowest prices, the highest quality and the greatest material progress, while at the same time providing an environment conducive to the preservation of our democratic political and social institutions." *Northern Pac. Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 4 (1958).

(c) Consistent with these broader policies, and in addition to the traditional antitrust laws, the Congress has also enacted industry-specific fair competition and anti-monopolization laws that often provide additional protections. Such enactments include the Packers and Stockyards Act, the Federal Alcohol Administration Act (Public Law 74-401, 49 Stat. 977, 27 U.S.C. 201et seq.), the Bank Merger Act, the Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act of 1984 (Public Law 98-417, 98 Stat. 1585), the Shipping Act of 1984 (Public Law 98-237, 98 Stat. 67, 46 U.S.C. 40101et seq.) (Shipping Act), the ICC Termination Act of 1995 (Public Law 104-88, 109 Stat. 803), the Telecommunications Act of 1996, the Fairness to Contact Lens Consumers Act (Public Law 108-164, 117 Stat. 2024, 15 U.S.C. 7601et seq.), and the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Public Law 111-203, 124 Stat. 1376) (Dodd-Frank Act).

(d) These statutes independently charge a number of executive departments and agencies (agencies) to protect conditions of fair competition in one or more ways, including by:

(i) policing unfair, deceptive, and abusive business practices;

(ii) resisting consolidation and promoting competition within industries through the independent oversight of mergers, acquisitions, and joint ventures;

(iii) promulgating rules that promote competition, including the market entry of new competitors; and

(iv) promoting market transparency through compelled disclosure of information.

(e) The agencies that administer such or similar authorities include the Department of the Treasury, the Department of Agriculture, the Department of Health and Human Services, the Department of Transportation, the Federal Reserve System, the Federal Trade Commission (FTC), the Securities and Exchange Commission, the Federal Deposit Insurance Corporation, the Federal Communications Commission, the Federal Maritime Commission, the Commodity Futures Trading Commission, the Federal Energy Regulatory Commission, the Consumer Financial Protection Bureau, and the Surface Transportation Board.

(f) Agencies can influence the conditions of competition through their exercise of regulatory authority or through the procurement process. *See* 41 U.S.C. 1705.

(g) This order recognizes that a whole-of-government approach is necessary to address overconcentration, monopolization, and unfair competition in the American economy. Such an approach is supported by existing statutory mandates. Agencies can and should further the policies set forth in section 1 of this order by, among other things, adopting pro-competitive regulations and approaches to procurement and spending, and by rescinding regulations that create unnecessary barriers to entry that stifle competition.

### Sec. 3. Agency Cooperation in Oversight, Investigation, and Remedies.

(a) The Congress frequently has created overlapping agency jurisdiction in the policing of anticompetitive conduct and the oversight of mergers. It is the policy of my Administration that, when agencies have overlapping jurisdiction, they should endeavor to cooperate fully in the exercise of their oversight authority, to benefit from the respective expertise of the agencies and to improve Government efficiency.

(b) Where there is overlapping jurisdiction over particular cases, conduct, tran-

sactions, or industries, agencies are encouraged to coordinate their efforts, as appropriate and consistent with applicable law, with respect to:

- (i) the investigation of conduct potentially harmful to competition;
  - (ii) the oversight of proposed mergers, acquisitions, and joint ventures; and
  - (iii) the design, execution, and oversight of remedies.
- (c) The means of cooperation in cases of overlapping jurisdiction should include, as appropriate and consistent with applicable law:
- (i) sharing relevant information and industry data
  - (ii) in the case of major transactions, soliciting and giving significant consideration to the views of the Attorney General or the Chair of the FTC, as applicable; and
  - (iii) cooperating with any concurrent Department of Justice or FTC oversight activities under the Sherman Act or Clayton Act.

(d) Nothing in subsections (a) through (c) of this section shall be construed to suggest that the statutory standard applied by an agency, or its independent assessment under that standard, should be displaced or substituted by the judgment of the Attorney General or the Chair of the FTC. When their views are solicited, the Attorney General and the Chair of the FTC are encouraged to provide a response to the agency in time for the agency to consider it in advance of any statutory deadline for agency action.

#### Sec. 4. The White House Competition Council.

- (a) There is established a White House Competition Council (Council) within the Executive Office of the President.
- (b) The Council shall coordinate, promote, and advance Federal Government efforts to address overconcentration, monopolization, and unfair competition in or directly affecting the American economy, including efforts to:
- (i) implement the administrative actions identified in this order;

(ii) develop procedures and best practices for agency cooperation and coordination on matters of overlapping jurisdiction, as described in section 3 of this order

(iii) identify and advance any additional administrative actions necessary to further the policies set forth in section 1 of this order; and

(iv) identify any potential legislative changes necessary to further the policies set forth in section 1 of this order.

(c) The Council shall work across agencies to provide a coordinated response to over-concentration, monopolization, and unfair competition in or directly affecting the American economy. The Council shall also work with each agency to ensure that agency operations are conducted in a manner that promotes fair competition, as appropriate and consistent with applicable law.

(d) The Council shall not discuss any current or anticipated enforcement actions.

(e) The Council shall be led by the Assistant to the President for Economic Policy and Director of the National Economic Council, who shall serve as Chair of the Council.

(f) In addition to the Chair, the Council shall consist of the following members

(i) the Secretary of the Treasury;

(ii) the Secretary of Defense;

(iii) the Attorney General;

(iv) the Secretary of Agriculture;

(v) the Secretary of Commerce;

(vi) the Secretary of Labor;

(vii) the Secretary of Health and Human Services;

(viii) the Secretary of Transportation;

(ix) the Administrator of the Office of Information and Regulatory Affairs; and

(x) the heads of such other agencies and offices as the Chair may from time to time invite to participate.

(g) The Chair shall invite the participation of the Chair of the FTC, the Chair of the Federal Communications Commission, the Chair of the Federal Maritime Commission, the Director of the Consumer Financial Protection Bureau, and the Chair of the Surface Transportation Board, to the extent consistent with their respective statutory authorities and obligations.

(h) Members of the Council shall designate, not later than 30 days after the date of this order, a senior official within their respective agency or office who shall coordinate with the Council and who shall be responsible for overseeing the agency's or office's efforts to address overconcentration, monopolization, and unfair competition. The Chair may coordinate subgroups consisting exclusively of Council members or their designees, as appropriate.

(i) The Council shall meet on a semi-annual basis unless the Chair determines that a meeting is unnecessary.

(j) Each agency shall bear its own expenses for participating in the Council.

#### Sec. 5. Further Agency Responsibilities.

(a) The heads of all agencies shall consider using their authorities to further the policies set forth in section 1 of this order, with particular attention to:

(i) the influence of any of their respective regulations, particularly any licensing regulations, on concentration and competition in the industries under their jurisdiction; and

(ii) the potential for their procurement or other spending to improve the competitiveness of small businesses and businesses with fair labor practices.

(b) The Attorney General, the Chair of the FTC, and the heads of other agencies with authority to enforce the Clayton Act are encouraged to enforce the antitrust laws fairly and vigorously.

(c) To address the consolidation of industry in many markets across the economy, as described in section 1 of this order, the Attorney General and the Chair of the FTC

are encouraged to review the horizontal and vertical merger guidelines and consider whether to revise those guidelines.

(d) To avoid the potential for anticompetitive extension of market power beyond the scope of granted patents, and to protect standard-setting processes from abuse, the Attorney General and the Secretary of Commerce are encouraged to consider whether to revise their position on the intersection of the intellectual property and antitrust laws, including by considering whether to revise the Policy Statement on Remedies for Standards-Essential Patents Subject to Voluntary F/RAND Commitments issued jointly by the Department of Justice, the United States Patent and Trademark Office, and the National Institute of Standards and Technology on December 19, 2019.

(e) To ensure Americans have choices among financial institutions and to guard against excessive market power, the Attorney General, in consultation with the Chairman of the Board of Governors of the Federal Reserve System, the Chairperson of the Board of Directors of the Federal Deposit Insurance Corporation, and the Comptroller of the Currency, is encouraged to review current practices and adopt a plan, not later than 180 days after the date of this order, for the revitalization of merger oversight under the Bank Merger Act and the Bank Holding Company Act of 1956 (Public Law 84-511, 70 Stat. 133, 12 U.S.C. 1841 *et seq.*) that is in accordance with the factors enumerated in 12 U.S.C. 1828(c) and 1842(c).

(f) To better protect workers from wage collusion, the Attorney General and the Chair of the FTC are encouraged to consider whether to revise the Antitrust Guidance for Human Resource Professionals of October 2016.

(g) To address agreements that may unduly limit workers' ability to change jobs, the Chair of the FTC is encouraged to consider working with the rest of the Commission to exercise the FTC's statutory rulemaking authority under the Federal Trade Commission Act to curtail the unfair use of non-compete clauses and other clauses or agreements that may unfairly limit worker mobility.

(h) To address persistent and recurrent practices that inhibit competition, the Chair of the FTC, in the Chair's discretion, is also encouraged to consider working with the rest of the Commission to exercise the FTC's statutory rulemaking authority, as appropriate and consistent with applicable law, in areas such as:

(i) unfair data collection and surveillance practices that may damage competition, consumer autonomy, and consumer privacy;

(ii) unfair anticompetitive restrictions on third-party repair or self-repair of items, such as the restrictions imposed by powerful manufacturers that prevent farmers from repairing their own equipment;

(iii) unfair anticompetitive conduct or agreements in the prescription drug industries, such as agreements to delay the market entry of generic drugs or biosimilars;

(iv) unfair competition in major Internet marketplaces;

(v) unfair occupational licensing restrictions;

(vi) unfair tying practices or exclusionary practices in the brokerage or listing of real estate; and

(vii) any other unfair industry-specific practices that substantially inhibit competition;

(i) The Secretary of Agriculture shall:

(i) to address the unfair treatment of farmers and improve conditions of competition in the markets for their products, consider initiating a rulemaking or rulemakings under the Packers and Stockyards Act to strengthen the Department of Agriculture's regulations concerning unfair, unjustly discriminatory, or deceptive practices and undue or unreasonable preferences, advantages, prejudices, or disadvantages, with the purpose of furthering the vigorous implementation of the law established by the Congress in 1921 and fortified by amendments. In such rulemaking or rulemakings, the Secretary of Agriculture shall consider, among other things:

(A) providing clear rules that identify recurrent practices in the livestock, meat, and poultry industries that are unfair, unjustly discriminatory, or deceptive and therefore violate the Packers and Stockyards Act;

(B) reinforcing the long-standing Department of Agriculture interpretation that it is unnecessary under the Packers and Stockyards Act to demonstrate industry-wide harm to establish aviolation of the Act and that the "unfair, unjustly discriminatory, or deceptive" treatment of one farmer, the giving to one farmer of an "undue or unreasonable preference or advantage," or the

subjection of one farmer to an “undue or unreasonable prejudice or disadvantage in any respect” violates the Act;

(C) prohibiting unfair practices related to grower ranking systems – systems in which the poultry companies, contractors, or dealers exercise extraordinary control over numerous inputs that determine the amount farmers are paid and require farmers to assume the risk of factors outside their control, leaving them more economically vulnerable;

(D) updating the appropriate definitions or set of criteria, or application thereof, for undue or unreasonable preferences, advantages, prejudices, or disadvantages under the Packers and Stockyards Act; and

(E) adopting, to the greatest extent possible and as appropriate and consistent with applicable law, appropriate anti-retaliation protections, so that farmers may assert their rights without fear of retribution;

(ii) to ensure consumers have accurate, transparent labels that enable them to choose products made in the United States, consider initiating a rulemaking to define the conditions under which the labeling of meat products can bear voluntary statements indicating that the product is of United States origin, such as “Product of USA”;

(iii) to ensure that farmers have greater opportunities to access markets and receive a fair return for their products, not later than 180 days after the date of this order, submit a report to the Chair of the White House Competition Council, with a plan to promote competition in the agricultural industries and to support value-added agriculture and alternative food distribution systems through such means as:

(A) the creation or expansion of useful information for farmers, such as model contracts, to lower transaction costs and help farmers negotiate fair deals;

(B) measures to encourage improvements in transparency and standards so that consumers may choose to purchase products that support fair treatment of farmers and agricultural workers and sustainable agricultural practices;

(C) measures to enhance price discovery, increase transparency, and improve

ve the functioning of the cattle and other livestock markets;

(D) enhanced tools, including any new legislative authorities needed, to protect whistleblowers, monitor agricultural markets, and enforce relevant laws;

(E) any investments or other support that could bolster competition within highly concentrated agricultural markets; and

(F) any other means that the Secretary of Agriculture deems appropriate;

(iv) to improve farmers' and smaller food processors' access to retail markets, not later than 300 days after the date of this order, in consultation with the Chair of the FTC, submit a report to the Chair of the White House Competition Council, on the effect of retail concentration and retailers' practices on the conditions of competition in the food industries, including any practices that may violate the Federal Trade Commission Act, the Robinson-Patman Act (Public Law 74-692, 49 Stat. 1526, 15 U.S.C. 13et seq.), or other relevant laws, and on grants, loans, and other support that may enhance access to retail markets by local and regional food enterprises; and

(v) to help ensure that the intellectual property system, while incentivizing innovation, does not also unnecessarily reduce competition in seed and other input markets beyond that reasonably contemplated by the Patent Act (see 35 U.S.C. 100et seq. and 7 U.S.C. 2321et seq.), in consultation with the Under Secretary of Commerce for Intellectual Property and Director of the United States Patent and Trademark Office, submit a report to the Chair of the White House Competition Council, enumerating and describing any relevant concerns of the Department of Agriculture and strategies for addressing those concerns across intellectual property, antitrust, and other relevant laws.

(j) To protect the vibrancy of the American markets for beer, wine, and spirits, and to improve market access for smaller, independent, and new operations, the Secretary of the Treasury, in consultation with the Attorney General and the Chair of the FTC, not later than 120 days after the date of this order, shall submit a report to the Chair of the White House Competition Council, assessing the current market structure and conditions of competition, including an assessment of any threats to competition and barriers to new entrants, including:

(i) any unlawful trade practices in the beer, wine, and spirits markets, such as certain exclusionary, discriminatory, or anticompetitive distribution practices, that

hinder smaller and independent businesses or new entrants from distributing their products;

(ii) patterns of consolidation in production, distribution, or retail beer, wine, and spirits markets; and

(iii) any unnecessary trade practice regulations of matters such as bottle sizes, permitting, or labeling that may unnecessarily inhibit competition by increasing costs without serving any public health, informational, or tax purpose.

(k) To follow up on the foregoing assessment, the Secretary of the Treasury, through the Administrator of the Alcohol and Tobacco Tax and Trade Bureau, shall, not later than 240 days after the date of this order, consider:

(i) initiating a rulemaking to update the Alcohol and Tobacco Tax and Trade Bureau's trade practice regulations;

(ii) rescinding or revising any regulations of the beer, wine, and spirits industries that may unnecessarily inhibit competition; and

(iii) reducing any barriers that impede market access for smaller and independent brewers, winemakers, and distilleries.

(l) To promote competition, lower prices, and a vibrant and innovative telecommunications ecosystem, the Chair of the Federal Communications Commission is encouraged to work with the rest of the Commission, as appropriate and consistent with applicable law, to consider:

(i) adopting through appropriate rulemaking "Net Neutrality" rules similar to those previously adopted under title II of the Communications Act of 1934 (Public Law 73-416, 48 Stat. 1064, 47 U.S.C. 151etseq.), as amended by the Telecommunications Act of 1996, in "Protecting and Promoting the Open Internet," 80 Fed. Reg. 19738 (Apr. 13, 2015);

(ii) conducting future spectrum auctions under rules that are designed to help avoid excessive concentration of spectrum license holdings in the United States, so as to prevent spectrum stockpiling, warehousing of spectrum by licensees, or the creation of barriers to entry, and to improve the conditions of competition in industries that depend upon radio spectrum, including mobile communications

and radio-based broadband services;

(iii) providing support for the continued development and adoption of 5G Open Radio Access Network (O-RAN) protocols and software, continuing to attend meetings of voluntary and consensus-based standards development organizations, so as to promote or encourage a fair and representative standard-setting process, and undertaking any other measures that might promote increased openness, innovation, and competition in the markets for 5G equipment;

(iv) prohibiting unjust or unreasonable early termination fees for end-user communications contracts, enabling consumers to more easily switch providers;

(v) initiating a rulemaking that requires broadband service providers to display a broadband consumer label, such as that as described in the Public Notice of the Commission issued on April 4, 2016 (DA 16-357), so as to give consumers clear, concise, and accurate information regarding provider prices and fees, performance, and network practices;

(vi) initiating a rulemaking to require broadband service providers to regularly report broadband price and subscription rates to the Federal Communications Commission for the purpose of disseminating that information to the public in a useful manner, to improve price transparency and market functioning; and

(vii) initiating a rulemaking to prevent landlords and cable and Internet service providers from inhibiting tenants' choices among providers.

(m) The Secretary of Transportation shall:

(i) to better protect consumers and improve competition, and as appropriate and consistent with applicable law:

(A) not later than 30 days after the date of this order, appoint or reappoint members of the Advisory Committee for Aviation Consumer Protection to ensure fair representation of consumers, State and local interests, airlines, and airports with respect to the evaluation of aviation consumer protection programs and convene a meeting of the Committee as soon as practicable;

(B) promote enhanced transparency and consumer safeguards, as appropriate and consistent with applicable law, including through potential rule-

making, enforcement actions, or guidance documents, with the aims of:

(1) enhancing consumer access to airline flight information so that consumers can more easily find a broader set of available flights, including by new or lesser known airlines; and

(2) ensuring that consumers are not exposed or subject to advertising, marketing, pricing, and charging of ancillary fees that may constitute an unfair or deceptive practice or an unfair method of competition;

(C) not later than 45 days after the date of this order, submit a report to the Chair of the White House Competition Council, on the progress of the Department of Transportation's investigatory and enforcement activities to address the failure of airlines to provide timely refunds for flights cancelled as a result of the COVID-19 pandemic;

(D) not later than 45 days after the date of this order, publish for notice and comment a proposed rule requiring airlines to refund baggage fees when a passenger's luggage is substantially delayed and other ancillary fees when passengers pay for a service that is not provided;

(E) not later than 60 days after the date of this order, start development of proposed amendments to the Department of Transportation's definitions of "unfair" and "deceptive" in 49 U.S.C. 41712; and

(F) not later than 90 days after the date of this order, consider initiating a rulemaking to ensure that consumers have ancillary fee information, including "baggage fees," "change fees," and "cancellation fees," at the time of ticket purchase;

(ii) to provide consumers with more flight options at better prices and with improved service, and to extend opportunities for competition and market entry as the industry evolves:

(A) not later than 30 days after the date of this order, convene a working group within the Department of Transportation to evaluate the effectiveness of existing commercial aviation programs, consumer protections, and rules of the Federal Aviation Administration;

(B) consult with the Attorney General regarding means of enhancing effective coordination between the Department of Justice and the Department of Transportation to ensure competition in air transportation and the ability of new entrants to gain access; and

(C) consider measures to support airport development and increased capacity and improve airport congestion management, gate access, implementation of airport competition plans pursuant to 49 U.S.C. 47106(f), and "slot" administration;

(iii) given the emergence of new aerospace-based transportation technologies, such as low-altitude unmanned aircraft system deliveries, advanced air mobility, and high-altitude long endurance operations, that have great potential for American travelers and consumers, yet also the danger of early monopolization or new air traffic control problems, ensure that the Department of Transportation takes action with respect to these technologies to:

(A) facilitate innovation that fosters United States market leadership and market entry to promote competition and economic opportunity and to resist monopolization, while also ensuring safety, providing security and privacy, protecting the environment, and promoting equity; and

(B) provide vigilant oversight over market participants.

(n) To further competition in the rail industry and to provide accessible remedies for shippers, the Chair of the Surface Transportation Board (Chair) is encouraged to work with the rest of the Board to:

(i) consider commencing or continuing a rulemaking to strengthen regulations pertaining to reciprocal switching agreements pursuant to 49 U.S.C. 11102(c), if the Chair determines such rulemaking to be in the public interest or necessary to provide competitive rail service;

(ii) consider rulemakings pertaining to any other relevant matter of competitive access, including bottleneck rates, interchange commitments, or other matters, consistent with the policies set forth in section 1 of this order;

(iii) to ensure that passenger rail service is not subject to unwarranted delays and interruptions in service due to host railroads' failure to comply with the requi-

red preference for passenger rail, vigorously enforce new on-time performance requirements adopted pursuant to the Passenger Rail Investment and Improvement Act of 2008 (Public Law 110-423, 122 Stat. 4907) that will take effect on July 1, 2021, and further the work of the passenger rail working group formed to ensure that the Surface Transportation Board will fully meet its obligations; and

(iv) in the process of determining whether a merger, acquisition, or other transaction involving rail carriers is consistent with the public interest under 49 U.S.C. 11323-25, consider a carrier's fulfillment of its responsibilities under 49 U.S.C. 24308 (relating to Amtrak's statutory rights)

(o) The Chair of the Federal Maritime Commission is encouraged to work with the rest of the Commission to:

(i) vigorously enforce the prohibition of unjust and unreasonable practices in the context of detention and demurrage pursuant to the Shipping Act, as clarified in "Interpretive Rule on Demurrage and Detention Under the Shipping Act," 85 Fed. Reg. 29638 (May 18, 2020);

(ii) request from the National Shipper Advisory Committee recommendations for improving detention and demurrage practices and enforcement of related Shipping Act prohibitions; and

(iii) consider further rulemaking to improve detention and demurrage practices and enforcement of related Shipping Act prohibitions.

(p) The Secretary of Health and Human Services shall:

(i) to promote the wide availability of low-cost hearing aids, not later than 120 days after the date of this order, publish for notice and comment a proposed rule on over-the-counter hearing-aids, as called for by section 709 of the FDA Reauthorization Act of 2017 (Public Law 115-52, 131 Stat. 1005);

(ii) support existing price transparency initiatives for hospitals, other providers, and insurers along with any new price transparency initiatives or changes made necessary by the No Surprises Act (Public Law 116-260, 134 Stat. 2758) or any other statutes;

(iii) to ensure that Americans can choose health insurance plans that meet their

needs and compare plan offerings, implement standardized options in the national Health Insurance Marketplace and any other appropriate mechanisms to improve competition and consumer choice;

(iv) not later than 45 days after the date of this order, submit a report to the Assistant to the President for Domestic Policy and Director of the Domestic Policy Council and to the Chair of the White House Competition Council, with a plan to continue the effort to combat excessive pricing of prescription drugs and enhance domestic pharmaceutical supply chains, to reduce the prices paid by the Federal Government for such drugs, and to address the recurrent problem of price gouging;

(v) to lower the prices of and improve access to prescription drugs and biologics, continue to promote generic drug and biosimilar competition, as contemplated by the Drug Competition Action Plan of 2017 and Biosimilar Action Plan of 2018 of the Food and Drug Administration (FDA), including by:

(A) continuing to clarify and improve the approval framework for generic drugs and biosimilars to make generic drug and biosimilar approval more transparent, efficient, and predictable, including improving and clarifying the standards for interchangeability of biological products;

(B) as authorized by the Advancing Education on Biosimilars Act of 2021 (Public Law 117-8, 135 Stat. 254, 42 U.S.C. 263-1), supporting biosimilar product adoption by providing effective educational materials and communications to improve understanding of biosimilar and interchangeable products among healthcare providers, patients, and caregivers;

(C) to facilitate the development and approval of biosimilar and interchangeable products, continuing to update the FDA's biologics regulations to clarify existing requirements and procedures related to the review and submission of Biologics License Applications by advancing the "Biologics Regulation Modernization" rulemaking (RIN 0910-A114); and

(D) with the Chair of the FTC, identifying and addressing any efforts to impede generic drug and biosimilar competition, including but not limited to false, misleading, or otherwise deceptive statements about generic drug and biosimilar products and their safety or effectiveness;

(vi) to help ensure that the patent system, while incentivizing innovation, does not also unjustifiably delay generic drug and biosimilar competition beyond that reasonably contemplated by applicable law, not later than 45 days after the date of this order, through the Commissioner of Food and Drugs, write a letter to the Under Secretary of Commerce for Intellectual Property and Director of the United States Patent and Trademark Office enumerating and describing any relevant concerns of the FDA;

(vii) to support the market entry of lower-cost generic drugs and biosimilars, continue the implementation of the law widely known as the CREATES Act of 2019 (Public Law 116-94, 133 Stat. 3130), by:

(A) promptly issuing Covered Product Authorizations (CPAs) to assist product developers with obtaining brand-drug samples; and

(B) issuing guidance to provide additional information for industry about CPAs; and

(viii) through the Administrator of the Centers for Medicare and Medicaid Services, prepare for Medicare and Medicaid coverage of interchangeable biological products, and for payment models to support increased utilization of generic drugs and biosimilars.

(q) To reduce the cost of covered products to the American consumer without imposing additional risk to public health and safety, the Commissioner of Food and Drugs shall work with States and Indian Tribes that propose to develop section 804 Importation Programs in accordance with the Medicare Prescription Drug, Improvement, and Modernization Act of 2003 (Public Law 108-173, 117 Stat. 2066), and the FDA's implementing regulations.

(r) The Secretary of Commerce shall:

(i) acting through the Director of the National Institute of Standards and Technology (NIST), consider initiating a rulemaking to require agencies to report to NIST, on an annual basis, their contractors' utilization activities, as reported to the agencies under 35 U.S.C. 202(c)(5);

(ii) acting through the Director of NIST, consistent with the policies set forth in section 1 of this order, consider not finalizing any provisions on march-in rights

and product pricing in the proposed rule “Rights to Federally Funded Inventions and Licensing of Government Owned Inventions,” 86 Fed. Reg. 35 (Jan. 4, 2021); and

(iii) not later than 1 year after the date of this order, in consultation with the Attorney General and the Chair of the Federal Trade Commission, conduct a study, including by conducting an open and transparent stakeholder consultation process, of the mobile application ecosystem, and submit a report to the Chair of the White House Competition Council, regarding findings and recommendations for improving competition, reducing barriers to entry, and maximizing user benefit with respect to the ecosystem.

(s) The Secretary of Defense shall:

(i) ensure that the Department of Defense’s assessment of the economic forces and structures shaping the capacity of the national security innovation base pursuant to section 889(a) and (b) of the William M. (Mac) Thornberry National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2021 (Public Law 116-283, 134 Stat. 3388) is consistent with the policy set forth in section 1 of this order;

(ii) not later than 180 days after the date of this order, submit to the Chair of the White House Competition Council, a review of the state of competition within the defense industrial base, including areas where a lack of competition may be of concern and any recommendations for improving the solicitation process, consistent with the goal of the Competition in Contracting Act of 1984 (Public Law 98-369, 98 Stat. 1175); and

(iii) not later than 180 days after the date of this order, submit a report to the Chair of the White House Competition Council, on a plan for avoiding contract terms in procurement agreements that make it challenging or impossible for the Department of Defense or service members to repair their own equipment, particularly in the field.

(t) The Director of the Consumer Financial Protection Bureau, consistent with the pro-competition objectives stated in section 1021 of the Dodd-Frank Act, is encouraged to consider:

(i) commencing or continuing a rulemaking under section 1033 of the Dodd-Frank Act to facilitate the portability of consumer financial transaction data so consu-

mers can more easily switch financial institutions and use new, innovative financial products; and

(ii) enforcing the prohibition on unfair, deceptive, or abusive acts or practices in consumer financial products or services pursuant to section 1031 of the Dodd-Frank Act so as to ensure that actors engaged in unlawful activities do not distort the proper functioning of the competitive process or obtain an unfair advantage over competitors who follow the law.

(u) The Director of the Office of Management and Budget, through the Administrator of the Office of Information and Regulatory Affairs, shall incorporate into its recommendations for modernizing and improving regulatory review required by my Memorandum of January 20, 2021 (Modernizing Regulatory Review), the policies set forth in section 1 of this order, including consideration of whether the effects on competition and the potential for creation of barriers to entry should be included in regulatory impact analyses.

(v) The Secretary of the Treasury shall:

(i) direct the Office of Economic Policy, in consultation with the Attorney General, the Secretary of Labor, and the Chair of the FTC, to submit a report to the Chair of the White House Competition Council, not later than 180 days after the date of this order, on the effects of lack of competition on labor markets; and

(ii) submit a report to the Chair of the White House Competition Council, not later than 270 days after the date of this order, assessing the effects on competition of large technology firms' and other non-bank companies' entry into consumer finance markets.

#### Sec. 6. General Provisions.

(a) This order shall be implemented consistent with applicable law and subject to the availability of appropriations.

(b) Where not already specified, independent agencies are encouraged to comply with the requirements of this order.

(c) Nothing in this order shall be construed to impair or otherwise affect:

(i) the authority granted by law to an executive department or agency, or the head thereof; or

(ii) the functions of the Director of the Office of Management and Budget relating to budgetary, administrative, or legislative proposals.

(d) This order is not intended to, and does not, create any right or benefit, substantive or procedural, enforceable at law or in equity by any party against the United States, its departments, agencies, or entities, its officers, employees, or agents, or any other person.

JOSEPH R. BIDEN JR.

THE WHITE HOUSE,

July 9, 2021.

# L'ordine esecutivo del Presidente Biden sulla promozione della concorrenza: un'analisi antitrust<sup>255</sup>

di Herbert Hovenkamp<sup>256</sup>

**1. INTRODUZIONE 2. IL MONOPOLIO NELL'ECONOMIA STATUNITENSE 3. NUOVE INDUSTRIE E TECNOLOGIE 4. CONCORRENZA SLEALE NEI MERCATI DIGITALI 5. CONCENTRAZIONI 6. BREVETTI, BREVETTI ESSENZIALI E ACCORDI ANTICONCORRENZIALI 7. MERCATI DEL LAVORO E ACCORDI DI NON CONCORRENZA 8. DIRITTO ALLA RIPARAZIONE 9. AGRICOLTURA E SEMENTI 10. CONCLUSIONI.**

**1.** Nel luglio 2021 il Presidente Biden ha firmato un ordine esecutivo (EO) di ampia portata diretto a promuovere la concorrenza nell'economia statunitense. Un'altra iniziativa correlata, ma non menzionata nell'EO, è la recente revoca da parte della *Federal Trade Commission* (FTC) dello *Statement of Enforcement Principles*<sup>257</sup> del 2015. Tale dichiarazione fece due cose, entrambe viste come un ampliamento dei poteri della FTC. Primo, affermava che l'azione della FTC sarebbe stata guidata dal principio del così detto "benessere del consumatore", senza però esplicitarne il significato. Secondo, puntualizzava che le condotte vagliate ai sensi del paragrafo 5 del *Federal Trade Commission Act* (d'ora in avanti, *FTC Act*) sarebbero state valutate in "un modo simile alla *rule of reason*".

Sebbene tale revoca abbia destato alcune reazioni di preoccupazione persino tra fonti quali il comitato editoriale del *Washington Post*<sup>258</sup>, nondimeno può aprire il campo alla FTC per fare più cose in linea con quanto contemplato nell'EO, ed è complessivamente una cosa positiva. Primo, la *rule of reason* è diventata un potente veicolo per un'applicazione della normativa antitrust insufficiente, rilievo che persino il giudice conserva-

---

<sup>255</sup> Hovenkamp, 2022c. Traduzione di L.G. Luisetto.

<sup>256</sup> Herbert Hovenkamp è James G. Dinan Professor presso la University of Pennsylvania Carey Law School and the Wharton School; e-mail: hhovenka@law.upenn.edu

<sup>257</sup> FTC, *FTC Rescinds 2015 Policy that Limited Its Enforcement Ability Under the FTC Act*, 2021.

<sup>258</sup> *Opinion. Don't Want the FTC to Act on Antitrust? Tell Congress to Get Moving. The Washington Post*. 12 luglio 2021.

tore Gorsuch ha riconosciuto nella sua recente decisione *NCAA v. Alston*<sup>259</sup>. Secondo, il comitato editoriale del *Washington Post* scrive come se lo *Sherman Act* prevedesse regole piuttosto chiare mentre il par. 5 dell'*FTC Act* permettesse un non specificato *overreaching*. Il linguaggio dello *Sherman Act* ("restrizione del commercio" e "monopolizzare") non è poi molto più chiaro o più specifico del par. 5 dell'*FTC Act* ("modalità di concorrenza sleale"). Ulteriormente, in queste leggi non vi sono indicazioni che suggeriscano il principio del benessere del consumatore o abbiano guidato i casi giurisprudenziali che lo hanno definito, inclusa la *rule of reason*. Quello che manca al par. 5 è una lunga serie di precedenti giurisprudenziali in materia antitrust che ne definiscano la portata in misura simile all'ampia casistica sulle ugualmente opache previsioni dello *Sherman Act*. Infatti, precedenti importanti in materia antitrust, antecedenti all'emanaazione dello *statement*, hanno interpretato il par. 5 in modo non dissimile rispetto allo *Sherman Act*<sup>260</sup>.

Terzo, vi è un'ulteriore ragione per utilizzare il par. 5 in modo da andare oltre lo *Sherman Act*, partendo dal presupposto che esso non può essere azionato dai privati. Infatti, gran parte della sovra estensione delle leggi antitrust si è verificata nelle azioni private, motivate soprattutto dalla regola dei danni tripli e dalle parcelle degli avvocati. In virtù di ciò, quando la *FTC* vuole utilizzare il par. 5 per perseguire le sue azioni non si deve preoccupare di azioni di danno invalidanti e – ciò che frequentemente va di pari passo con essi – dei processi con giuria.

Sebbene, come detto, la revoca dello *Statement of Enforcement Principles* sia una cosa positiva, ciò dovrebbe essere accompagnato da un avvertimento: il par. 5 non diventa una legge sull'illecito civile e non autorizza a perseguire gli illeciti che non danneggiano la concorrenza. Una critica comune alla decisione *FTC v. Brown Shoe*<sup>261</sup>, che per prima applicò questo principio espansionista, era che *Brown Shoe* non stava attuando alcuna pratica anticoncorrenziale. Stava imponendo accordi di distribuzione esclusiva monomarca ad una vasta platea di piccoli negozi al dettaglio che vendevano le sue scarpe, trasformandoli efficacemente in *franchisees*. Il mercato non era concentrato e la quota di mercato di *Brown Shoe* esigua<sup>262</sup>. Ulteriormente, i singoli negozi erano liberi di recedere dal contratto di *franchising* anche senza giusta causa, e anche con il contratto in essere il 25% delle loro vendite derivavano da altri concorrenti. Oggi, una sentenza di questa portata molto probabilmente spazzerebbe via i contratti di *franchising*

---

259 *NCAA vs. Alston*, 141 S.Ct. 2141, 2160 (2021). Hovenkamp, 2021b.

260 *E.I. Du Pont De Nemours & Co. v. FTC*, 729 F.2d 128 (2d Cir. 1984).

261 *FTC v. Brown Shoe Co.*, 384 U.S. 316 (1966).

262 *Eighth Circuit's opinion*, 339 F.2d 45, 49 (8th Cir. 1964).

di molte delle più grandi catene di *fast foods* e dell'industria automobilistica. La Corte semplicemente non comprende il funzionamento dei moderni sistemi di distribuzione: al contrario, si basò sull'immagine pittoresca di un'economia in cui i piccoli produttori producevano i loro prodotti, e i rivenditori li compravano e rivendevano a piacere.

Riuscire a perseguire un'ampia gamma di condotte ai sensi del par. 5 dell'*FTC Act* sarebbe un risultato positivo per la *FTC*, ma nella misura tiene presente che sta pur sempre affrontando problemi della concorrenza; ciò significa che dovrebbe preoccuparsi di pratiche che minacciano realisticamente di ridurre la produzione complessiva, ma che non sono raggiungibili ai sensi dello *Sherman Act*.

Anche se l'*EO* è stato salutato come un documento "progressista", il suo contenuto non è così dirompente. Non suggerisce che le autorità antitrust scorporino ogni impresa, ma semmai di essere più stringenti nel controllo delle concentrazioni, né contiene alcuna generale manifestazione di preoccupazione sull'integrazione verticale di per sé, o un sostegno per la rimozione delle immunità antitrust. Coerentemente con la politica concorrenziale in generale, l'*EO* esprime ripetute preoccupazioni in relazione al potere di mercato, o al potere di incrementare i profitti applicando prezzi alti, ma non denuncia mai la dimensione dell'impresa come un fattore di per sé rilevante. Ancora, sebbene menzioni ripetutamente il potere di mercato, non sostiene la necessità di rimpiazzare l'attuale approccio economico antitrust con preoccupazioni riguardanti il potere politico o la dimensione dell'impresa. Al contrario, non fa affatto riferimento al potere politico, tranne che nel passaggio in cui cita una decisione della Corte Suprema del 1957, in cui la stessa afferma che lo *Sherman Act*

*si basa sulla premessa che l'interazione sfrenata delle forze competitive produrrà la migliore allocazione delle risorse economiche, i prezzi più bassi, la più alta qualità e il più grande progresso materiale, fornendo allo stesso tempo un contesto favorevole alla conservazione delle nostre istituzioni politiche e sociali democratiche*<sup>263</sup>.

Il passaggio è importante per quello che *non* dice sul potere politico e, per di più, risale ad un periodo di grande espansione antitrust. Gli obiettivi sono quelli di raggiungere la migliore allocazione delle risorse economiche, i prezzi più bassi, la più alta qualità, e il più grande progresso materiale - ma tutto questo in un contesto favorevole alla conservazione delle nostre istituzioni democratiche. Questo è difficilmente un appiglio per sostenere che l'antitrust dovrebbe ignorare le preoccupazioni economiche in favore di quelle politiche. Potrebbe facilmente essere stato scritto da Friedrich Hayek

---

263 *Northern Pac. Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 4 (1958).

o Milton Friedman.

È ovvio che l'elaborazione di regole di portata non definita, come quelle autorizzate dall'EO, potrebbe andare oltre. In aggiunta, l'EO rappresenta un approccio di politica della concorrenza più aggressivo rispetto al recente passato. È altresì un importante correttivo per un pregiudizio "anti-applicazione" che ha ostacolato la politica antitrust per decenni, che non è mai stato economicamente giustificato, e che continua a influenzare parti del sistema giudiziario federale<sup>264</sup>.

Comunque sia, l'articolo esamina brevemente le parti dell'EO che sono immediatamente rilevanti per la politica antitrust, mentre non discute le raccomandazioni che saranno probabilmente attuate per altre vie. È bene precisare che quasi ogni area dell'economia può sollevare preoccupazioni antitrust, ma questo è in gran parte dovuto al fatto che le leggi antitrust non coprono un settore specifico, e la loro portata è ampia quasi quanto il potere del Congresso di regolare il commercio. Inoltre, tutte le pratiche commerciali possono sempre nascondere violazioni antitrust: ad esempio, tariffe elevate per i bagagli, prezzi dei contratti con la Difesa, o la distribuzione della birra possono integrare violazioni antitrust se esito di collusioni. Un certo numero di disposizioni può sempre avere conseguenze in materia antitrust a seconda degli accadimenti, e la legislazione futura potrebbe occuparsene.

Nondimeno, una delle ragioni per cui i numerosi settori coperti dall'EO non implicano immediatamente la chiamata in causa dell'apparato antitrust risiede nel fatto che esso è espressione di una politica di concorrenza c.d. "whole of government", che sollecita interventi sia dell'antitrust che di altri rami del diritto in cui i problemi di concorrenza sono prominenti. Un buon risultato ottenibile tramite un approccio alla politica della concorrenza sostenuto dal Presidente, che coinvolga l'intero apparato statale, è una maggiore attenzione alle preoccupazioni concorrenziali da parte delle autorità competenti e dei giudici federali quando applicano legislazioni diverse da quelle antitrust, e ciò può avere un duplice effetto: da un lato, può aumentare l'attenzione alle questioni di concorrenza nell'applicazione di altre legislazioni; dall'altro lato, può produrre più regolamentazione laddove viene individuato un fallimento di mercato perché lo stesso appare irragionevolmente restrittivo o distorto.

Un esempio di ciò è l'*endorsement* dell'EO a favore della neutralità della rete o dell'imposizione di regole di non discriminazione - simili a quelle dei vettori comuni - ai fornitori

---

264 Hovenkamp, 2021d.

di servizi internet<sup>265</sup>. Questi obiettivi si trovano all'interno di una sezione dell'*OE* indirizzata al presidente della *Federal Communication Commission (FCC)* intitolata "Promuovere la concorrenza, prezzi più bassi, e un ecosistema di telecomunicazioni dinamico e innovativo". L'*EO* esprime simili preoccupazioni sul fatto che le gare per lo spettro elettromagnetico delle telecomunicazioni siano organizzate in modo da distribuire gli acquirenti in modo ampio e uniforme, impedendo l'accaparramento o la creazione di barriere all'ingresso.

Al giorno d'oggi dichiarare la necessità di più regolamentazione per favorire dinamiche concorrenziali potrebbe suonare in modo strano, ma, in realtà, è coerente con l'approccio neoclassico alla regolamentazione: permettere ai mercati di fare il loro lavoro quando possibile, ma usare la regolamentazione per correggere i fallimenti del mercato con l'obiettivo di avvicinarsi il più possibile ad un regime concorrenziale<sup>266</sup>. Per converso, è assolutamente non allineato con la teoria della regolamentazione propugnata dai neoliberali a partire dagli anni Settanta<sup>267</sup>. L'*EO* riconosce, almeno implicitamente, che la teoria neoclassica è quasi sempre migliore, ma a condizione che il governo sia in grado di attenersi ad essa, senza favoritismi o ingerenze politiche.

**2.** L'*EO* descrive correttamente lo stato di declino della concorrenza nell'economia statunitense, ma lo fa in termini di "consolidamento" ed "eccessiva concentrazione del mercato". Oggi il grado di concentrazione dei mercati è fortemente dibattuto e gran parte dell'incertezza deriva dai dati impiegati per definirli. Poiché la "concentrazione" si riferisce al numero di imprese in un dato mercato, è essenziale esso venga definito accuratamente. I dati maggiormente utilizzati a tale scopo, che provengono dall'Ufficio del censimento degli Stati Uniti (*U.S. Census*), offrono pochissime correlazioni per affermare una concentrazione più alta in mercati correttamente definiti<sup>268</sup>. Forse dire che questi dati sono "inutili" potrebbe essere un'esagerazione, ma non di molto.

Ci sono modi migliori per stimare il potere di mercato nell'economia, come attraverso la misurazione diretta dei margini prezzo-costi (*price-cost margins*). In un'economia concorrenziale, i prezzi complessivi dovrebbero essere ragionevolmente vicini ai costi marginali, con alcuni aggiustamenti dovuti all'innovazione e altri costi fissi. Il potere monopolistico, ad esempio, è direttamente misurabile in termini di alti margini

---

265 *FCC, Protecting and Promoting the Open Internet, 2015.*

266 *Kahn, 1988.*

267 *Stigler, 1971.*

268 *Shapiro, 2018. Hovenkamp, Shapiro, 2018.*

prezzo-costo<sup>269</sup> e le relative tecniche di cui disponiamo oggi sono molto più accurate e idonee rispetto ai tassi di concentrazione basati sui dati del *U.S. Census*<sup>270</sup>. Infatti, tali approcci non richiedono di affaticarsi su aspetti come l'ordine di grandezza dei mercati (nazionali, regionali o locali) o delle variazioni nella correlazione tra struttura e potere. In breve, la misurazione diretta ci permette di stimare il grado del potere monopolistico senza la necessità di definire il mercato.

L'EO non menziona i margini o la misurazione diretta, nondimeno il *trend*, almeno a livello generale, è abbastanza coerente con il resoconto dell'EO: i margini prezzo-costo sono aumentati, in particolare a partire dagli anni Ottanta. Peraltro, questi nuovi approcci consentono di fare un passo ulteriore rispetto ai dati sulla concentrazione, ossia di determinare dove vanno i maggiori rendimenti. Mentre i ritorni di capitale sono aumentati significativamente, la quota di ritorni destinata al lavoro ha visto un progressivo declino, specialmente verso i lavoratori meno qualificati<sup>271</sup>.

Il fatto che, a partire dagli anni Ottanta, la politica antitrust sia diventata significativamente meno aggressiva spiega solo in parte questi cali di *performance*. Essi, infatti, sono anche attribuibili ad atteggiamenti generalmente ostili verso il lavoro organizzato e la mancanza di attenzione per la mobilità occupazionale e l'istruzione. In sintesi, queste nuove metodologie per misurare il potere monopolistico sono di supporto per diverse iniziative dell'EO, comprese quelle che affrontano il declino del grado di concorrenzialità del mercato del lavoro; come è necessaria un'applicazione della legislazione antitrust più aggressiva in alcune aree, vi è altrettanto bisogno di un maggiore sostegno per i lavoratori, per l'istruzione e le altre istituzioni che la promuovono.

**3.** L'EO si riferisce alle "sfide poste dalle nuove industrie e tecnologie", che includono le "piattaforme digitali dominanti". Questo è un ottimo modo per esprimere la questione perché i giganti del *Web*, che sono stati nel mirino del Congresso e oggetto del dibattito pubblico (principalmente *Amazon*, *Apple*, *Facebook* e *Google*), sono nuove industrie e tecnologie. Di base, esse non rappresentano una minaccia per la società, anche se certamente sollevano preoccupazioni sulla concorrenzialità del loro operato. Inoltre, esse hanno contribuito in modo fondamentale alla crescita economica, e la maggiore produzione che facilitano beneficia consumatori, lavoratori e le altre imprese che in-

---

269 Landes, Posner R.A. 1981. Hovenkamp, 2020a.

270 De Loecker, Eeckhout, Unger, 2020. De Loecker, Eeckhout, Mongey, 2021; Autor, Dorn, Katz, Patterson, Van Reenen, 2020.

271 Autor, Dorn, Katz, Patterson, Van Reenen, 2020. Kehrig, Vincent, 2021. Bakir, Hays, Knoedler, 2021. Naidu, Posner E.A., Weyl, 2018.

teragiscono con loro.

La ragione per cui le piattaforme digitali hanno tanto successo è che piacciono ai consumatori. Ignorarne le preferenze richiederebbe una certa dose di arroganza e, in ogni caso, sarebbe un suicidio politico. Ciò nonostante, è appropriato chiamare in causa un intervento calibrato dell'antitrust, proprio perché il suo apparato offre un approccio basato sul contenzioso e sui fatti. In aggiunta, l'attenzione dovrebbe essere posta sui rimedi che favoriscono l'incremento della produzione e della soddisfazione dei consumatori, nonché maggiori opportunità per lavoratori e fornitori.

La relazione tra una piattaforma dominante come *Amazon* e le numerose piccole imprese che con essa interagiscono è molto complessa e non può essere riassunta in una sola frase. Da un lato, *Amazon*, così come altri grandi *players*, ha chiaramente danneggiato molte piccole imprese; dall'altro, ha anche fornito servizi di distribuzione a molte piccole imprese, che sono ora in grado di raggiungere mercati più ampi. Sebbene vi siano alcune vaghe somiglianze con le "catene di negozi" che erano state prese di mira da Louis Brandeis un secolo fa, ci sono però importanti differenze<sup>272</sup>. Le guerre tra singoli negozi a conduzione familiare e grandi operatori *multistore* come *Macy's*, *Woolworth's*, la *Great Atlantic and Pacific Tea Company* ("A&P") e *Sears* sono state molto più devastanti per le piccole imprese rispetto a quelle tra venditori online come *Amazon* e piccoli rivenditori. Ad esempio, *A&P* semplicemente vendeva i propri prodotti in concorrenza con le drogherie a conduzione familiare, che non avevano altra scelta che competere. Al contrario, *Amazon*, diventando spesso il loro intermediario online, permette a molte piccole imprese di entrare in mercati che altrimenti non potrebbero raggiungere. Altri sono stati spinti ad espandere la loro presenza online su altre piattaforme. In altre parole, la storia di molte piccole imprese è stata quella del riposizionamento e dell'espansione, non della bancarotta.

In ogni caso, la guerra brandeisiana contro le catene di negozi è stato un fallimento. Il movimento brandeisiano, promuovendo l'uso diffuso del mantenimento dei prezzi di rivendita ("commercio equo") e di tasse alte e discriminatorie sui proprietari di più negozi<sup>273</sup>, ha lasciato in eredità una classe di consumatori che si fa pochi scrupoli a fare acquisti presso la grande distribuzione. Ancora più importante, e in particolare per i democratici, una politica che imponga costi più alti ai grandi *retailers* per proteggere quelli più piccoli danneggia maggiormente le persone a basso reddito. I nemici

---

<sup>272</sup> Schragger, 2004. *Phillips Sawyer L.*, 2018.

<sup>273</sup> See *Louis K. Liggett Co. v. Lee*, 288 U.S. 517 (1933). *Louis K. Liggett Co. v. Amox*, 104 Fla.609, 141 So.153 (1932), *rev'd*, *Liggett v. Lee*, 288 U.S. 517 (1933).

da combattere sono i prezzi alti e l'insufficiente accessibilità alle alternative a basso costo, non le dimensioni. Ad esempio, una politica volta a favorire l'accesso alla banda larga delle popolazioni a basso reddito garantisce quasi certamente un guadagno di benessere superiore rispetto ad una politica che regoli le piattaforme online semplicemente per le loro dimensioni.

Le pratiche anticoncorrenziali che riducono la produzione e aumentano i prezzi sono un'altra questione. Sembra evidente che si stanno verificando condotte anticoncorrenziali, e che i grandi rivenditori online come *Amazon* potrebbero agire rispettando il processo concorrenziale più di quanto non stiano facendo. Una cosa importante che la *FTC* deve fare è studiare i grandi *retailers* online e distinguere i buoni dai cattivi. Queste conclusioni influenzeranno fortemente il rimedio: rimedi troppo aggressivi, applicati imprudentemente, potrebbero danneggiare un gran numero di consumatori che beneficiano di prezzi bassi e di un ampio accesso al mercato. In aggiunta, qualsiasi rimedio che riduca la produzione danneggerà anche i fornitori ed i lavoratori; in relazione questi ultimi, ciò vale soprattutto per quelli delle fasce più basse, in quanto le opportunità di impiego e i salari sono strettamente legati alla produzione complessiva del mercato del prodotto.

L'*EO* non menziona specificamente nessuna delle piattaforme digitali dominanti, non si pronuncia sulla questione se abbiano un effettivo potere di mercato, né richiede il loro scorporo. Non accusa alcuna particolare piattaforma di una certa pratica anticoncorrenziale, ma invece elenca diverse pratiche che dovrebbero essere investigate e perseguite: "concentrazioni seriali, l'acquisizione di concorrenti nascenti, l'aggregazione di dati, la concorrenza sleale nei mercati di riferimento, la sorveglianza degli utenti e la presenza di effetti di rete". A ben guardare, la menzione degli effetti di rete è un mistero, come se fossero di per sé una cosa negativa. L'impressionante crescita delle reti - a partire dalla seconda metà del ventesimo secolo - ha prodotto una straordinaria crescita economica che ha beneficiato quasi tutti, anche se alcuni più di altri<sup>274</sup>. L'obiettivo, allora, non è liberarsene (cosa che peraltro non potremmo fare senza invertire la rivoluzione delle telecomunicazioni e di internet), ma cercare di assicurare che i mercati in rete operino in modo concorrenziale e più aperto possibile.

L'*EO* afferma altresì che le sue previsioni non devono "essere interpretate in modo da suggerire che lo standard legale (...) dovrebbe essere sostituito dal giudizio del procuratore generale o del presidente della *FTC*". Se ciò è in qualche modo scontato per quanto riguarda la legge, l'*EO* sembra volerci dire che non dovrebbe essere letto come

---

274 Benkler, 2006.

una licenza ad applicare la legislazione antitrust oltre l'esistente, almeno fino a quando leggi ulteriori dovessero essere approvate. In un ulteriore passaggio, l'*EO* incoraggia i presidenti di queste due agenzie [la *FTC* e la divisione antitrust del *DOJ*] "a far rispettare le leggi antitrust in modo equo e vigoroso".

4. L'*EO* non suggerisce rimedi strutturali aggressivi nei mercati digitali; tuttavia, sostiene chiaramente la necessità di un *enforcement* esteso contro le pratiche anti-concorrenziali. In quest'area la *FTC* potrebbe fare molto bene. Sebbene non li nomi espressamente, l'*EO* si riferisce presumibilmente alle grandi piattaforme online; tra questi, *Amazon* è certamente un obiettivo, ma ce ne sono altri.

L'idea di concorrenza sleale, implicitamente invocata dal par. 5 dell'*FTC Act*, ha favorito il sorgere di controversie contro i rivenditori che vendono simultaneamente i propri prodotti in concorrenza con quelli di terzi. I casi spaziano da azioni antitrust contro le prassi di *Amazon* di imporre ai venditori terzi clausole anticoncorrenziali come le c.d. clausole della nazione più favorita (d'ora in avanti, *MFN*), di rubare informazioni dai medesimi ed utilizzarle per copiare i prodotti e altri reclami simili ad accordi di esclusiva o contratti vincolati. Le clausole *MFN*, che sono già sottoposte allo scrutinio dei procuratori generali statali e oggetto di controversie private contro *Amazon*<sup>275</sup>, sono clausole che richiedono ai fornitori terzi di *Amazon* di applicare termini contrattuali almeno altrettanto favorevoli rispetto ad altri operatori o che proibiscono loro di trattare con aziende che praticano prezzi inferiori ad *Amazon*<sup>276</sup>. Alcune di queste disposizioni sono state espunte, forse in previsione di una controversia antitrust<sup>277</sup>, ma ce ne possono essere altre, e anche quelle abrogate possono essere oggetto di un'ingiunzione così da evitare che vengano riutilizzate in futuro. Questi sono problemi riservati all'accertamento dei fatti, al contenzioso o che possono essere oggetto di regolazione.

In ogni caso, gli standard legali adottati dai giudici dovrebbero diventare più favorevoli all'applicazione della normativa antitrust. Secondo l'impianto attuale, le *MFN* verticali si presumono illegali ai sensi dello *Sherman Act* solo se l'impresa convenuta in giudizio ha una quota di mercato superiore al 30-40%. Le *MFN* non sono di per sé illegittime perché, in talune circostanze, possono avere una funzione pro-concorrenziale; ad esempio, in regime concorrenziale, un rivenditore che sia invitato ad investire in un progetto può essere maggiormente disposto a farlo se ha la garanzia che altri non

---

275 *Colt, D.C. v. Amazon (Superior Ct, Dist. D.C. May 25, 2021 (D.C. antitrust law). Fremgen v. Amazon, No. 1:21-cv-00351-GHW-DCF (S.D.N.Y. Feb. 3, 2021).*

276 *Baker, Scott Morton, 2018.*

277 *Bond, 2019.*

concluderanno un accordo migliore, il che, altrimenti, renderebbe le sue offerte non competitive. Nondimeno, il requisito del 30-40% di quota di mercato vanificherebbe la maggior parte dei reclami contro *Amazon*, perché non ci sono molti prodotti per i quali le sue quote sono così significative. Gli *e-book* potrebbero rappresentare un'eccezione, a seconda di come viene definito il mercato<sup>278</sup>.

A tal proposito, un modo migliore di pensare alle clausole *MFN* è quello di considerare il ruolo dei distributori, distogliendo l'attenzione primaria dalla quota di mercato coperta dall'accordo. Infatti, una grande impresa non ha bisogno di detenere una quota di mercato significativa se i suoi punti vendita sono più attrattivi di quelli degli altri: in tale scenario, può essere in grado di imporre costi più elevati ai venditori rivali semplicemente perché i piccoli produttori hanno bisogno dei suoi affari<sup>279</sup>. È quindi auspicabile che un giudizio o una regolamentazione si basino su evidenze economiche, e che poi si affronti queste pratiche e le si vieti senza minare i benefici complessivi del sistema di distribuzione del convenuto. Se la storia delle *MFN* di *Amazon* è quella riportata ed esse sono ancora in vigore, l'ingiunzione potrebbe portare a una maggiore produzione complessiva e a prezzi più bassi in tutto il mercato interessato. Questa è un'area in cui il contributo della *FTC*, forse attraverso l'attività di *rule-making*, potrebbe essere utile. Inoltre, l'autorità potrebbe ragionevolmente impiegare la sua *expertise* economica per indagare gli effetti delle clausole *MFN* nel prisma del par. 5 dell'*FTC Act*, così da proporre una regola più stringente di quella attualmente prevista dallo *Sherman Act*.

La stessa cosa vale per le asserite pratiche discriminatorie di *Amazon* tra i propri prodotti e i prodotti che vende come intermediario sul suo sito. La vendita contestuale di prodotti propri e di terzi è una buona cosa, anche per un'impresa dominante, in quanto la produzione aggregata aumenta se i negozi al dettaglio o le piattaforme offrono una varietà di alternative. Peraltro, si consideri che la doppia distribuzione dei propri marchi e di quelli dei concorrenti è una pratica consolidata e, aumentando la scelta per i consumatori, costringe le imprese a competere tra loro anche all'interno di un particolare negozio o sito web<sup>280</sup>. Per esempio, chi cerca un *e-reader* su *Amazon* troverà i prodotti *Kindle* di *Amazon*, gli *iPad* di *Apple*, il *Nook* di *Barnes & Noble*, *Sony* e alcuni altri. L'uso di marchi propri da parte di *Amazon* assomiglia all'uso comune di marchi

---

278 La quota di *Amazon* del mercato degli *e-book* si attesta intorno al 67%, ma gli *e-books* rappresentano solo il 21% delle vendite di libri. Ciò potrebbe dare ad *Amazon* una quota di mercato del 67% se il mercato rilevante sono gli *e-books*, ma più verosimilmente il 13% se si guarda ai libri in generale. Per i dati del 2021 si rinvia a: <https://about.ebooks.com/ebook-industry-news-feed/>.

279 Hovenkamp, 2021f. Areeda, Hovenkamp, 2021.

280 Boyle, Lathrop, 2013; Batra, Sinha, 2000.

propri da parte delle catene di alimentari, che spesso vendono uno o più marchi propri in concorrenza con i marchi nazionali, che sono in genere più pesantemente pubblicizzati. Inizialmente molti clienti credevano che le marche della casa fossero di qualità inferiore, ma questa percezione è cambiata significativamente<sup>281</sup>.

Nel caso di *Amazon* si sommano anche preoccupazioni sul fatto che utilizzi dati non pubblici, raccolti dalle vendite di marchi dei terzi, per progettare e mettere a punto marchi concorrenti o, ancora, che discrimini i terzi venditori nella sua *Buy Box*, che seleziona alternative predefinite tra i venditori dello stesso prodotto<sup>282</sup>. I critici, come Elizabeth Warren durante la sua campagna per la presidenza, traggono spunto dal gran numero di commercianti molto piccoli che vendono sul sito di *Amazon*<sup>283</sup>, dato che in passato *Amazon* ha copiato la merce che vende per alcune ditte per poi commercializzarne delle varianti con il proprio marchio. Altri guardano all'impatto sulle vendite che si registra quando *Amazon* entra nel mercato con il proprio marchio contro i grandi produttori. Ad esempio, *Duracell* è di proprietà di *Berkshire-Hathaway*, una società di dimensioni importanti che vende batterie alcaline per la casa sul sito di *Amazon* in concorrenza con il marchio "di casa" *AmazonBasics*. Qui l'effetto sembra chiaro: la presenza del marchio di proprietà di *Amazon* costringe *Duracell* a ridurre il proprio prezzo se vuole fare più vendite. Questo tipo di concorrenza tra "marche di casa" e "marche di nome" genera una maggiore produzione, prezzi più bassi per i consumatori, e più scelta. Tali pratiche, comunque, devono essere indagate empiricamente e spassionatamente, con un occhio alla possibilità di violazione delle leggi antitrust o, forse, delle leggi sulla proprietà intellettuale. Se una pratica del genere viene scoperta, il più delle volte il rimedio più efficace e meno impattante è un'ingiunzione che ne costringe la cessazione<sup>284</sup>.

Impedire ad *Amazon* di vendere le proprie batterie in concorrenza con *Duracell* non risolverà alcun problema, in quanto ciò porterebbe a prezzi più alti, eliminando un'importante area di concorrenza. Peraltro, nella misura in cui i prezzi più alti riducono la produzione, si danneggerebbero altresì i lavoratori e altri fornitori di *input*. Naturalmente *Berkshire Hathaway* ne trarrebbe beneficio, liberandosi di un concorrente aggressivo, ma ci sarebbe poco di cui rallegrarsi. Per di più, andrebbe contro l'intera

---

281 Hoch, 1996.

282 La selezione di prodotti dalla *Buy Box* ha generato controversie non antitrust. *Kangaroo Mfr., Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 2019 WL 1280945 (D.Az. March 20, 2019). Guggenberger, 2021; Bloodstein, 2019.

283 Hovenkamp, 2021e.

284 Hovenkamp, 2021c.

spinta dell'EO e della politica economica del presidente Biden in generale, che è quella di rafforzare la crescita portando più produzione, più concorrenza, prezzi più bassi e una scelta più ampia per i consumatori. Il ruolo dell'antitrust nel promuovere la crescita economica è sicuramente limitato, ma di certo non dovrebbe creare ostacoli.

**5.** Negli Stati Uniti il controllo sulle concentrazioni è attualmente effettuato dalle due autorità [la *FTC* e la divisione antitrust del *DOJ*], che agiscono principalmente in base alle linee guida del 2010 relative alle concentrazioni orizzontali e a quelle del 2020 per le concentrazioni verticali. Attualmente non esistono linee guida per le concentrazioni di natura "conglomerale", che sono operazioni che non sono né orizzontali né verticali. Inoltre, l'impostazione complessiva delle attuali linee guida impedisce le concentrazioni che consentono alle parti di praticare prezzi più alti, indifferentemente dal fatto che ciò rilevi per le due parti dell'operazione o per l'intero mercato interessato.

Nelle linee guida le concentrazioni non sono trattate come pratiche di esclusione, e questa si è rivelata un'importante svista. Molte acquisizioni di piccole imprese da parte delle grandi piattaforme digitali molto probabilmente mirano a prevenire l'emersione di nuovi concorrenti<sup>285</sup>. Un articolo del *Wall Street Journal* del luglio 2021 ha evidenziato che, nel disciplinare il monopolio, una caratteristica della legislazione antitrust statunitense è stata la sua tradizionale fiducia nell'ascesa dei nuovi arrivati; tuttavia, questa fiducia perde di significato in un contesto in cui la maggior parte dei nuovi arrivati più promettenti vengono acquisiti dai loro potenziali rivali<sup>286</sup>. La *FTC*, nella sua azione contro *Facebook*<sup>287</sup>, ha esplicitamente affermato che la ragione per cui *Facebook* ha acquisito *Instagram* è stata il timore dell'emersione di un concorrente pericoloso. È significativo rilevare che, in quell'occasione, il giudice ha statuito che l'acquisizione non era dannosa, affermando che la *FTC* non avesse dimostrato la presenza dei requisiti del potere di mercato idonei a fondare una violazione della sezione 2 dello *Sherman Act*<sup>288</sup>.

Le nuove linee guida dovrebbero affrontare questi problemi con riguardo a tutte le imprese, incluse le piattaforme digitali. Preoccupano, infatti, sia le concentrazioni che non sono né orizzontali né verticali [conglomerati], sia l'utilizzo di tali operazioni per prevenire l'ingresso di nuovi rivali. Oltre a ciò, vi sono altri profili. Ad esempio, diversi studi empirici recenti indicano che i prezzi sono aumentati in seguito a concentrazioni

---

285 Bryan, Hovenkamp E., 2020.

286 Michaels Kendall, 2021.

287 *FTC v. Facebook, Civ. Act. No. 20-3590.*

288 *FTC v. Facebook, Inc., WL 2643627(D.D.C. June 28, 2021).*

“al limite” ma approvate, indicando che le soglie attuali sono troppo poco stringenti<sup>289</sup>. Infine, sarebbe particolarmente utile superare il pregiudizio *anti-enforcement* che troppo spesso spinge le corti a sottovalutare le minacce alla concorrenza ed a sovrastimare le efficienze previste<sup>290</sup>.

**6.** Un ambito in cui un approccio “*whole of government*” alla politica della concorrenza potrebbe spingersi anche oltre l’EO sono i brevetti. La legislazione sui brevetti ha spesso portato agli estremi il privilegio di esclusione da essi conferito, senza coordinarsi con le leggi antitrust, come se la concorrenza fosse il nemico da battere<sup>291</sup>. Ciò, per il vero, si pone in netto contrasto con il fatto che l’impatto della politica della concorrenza è molto più facile da valutare rispetto all’impatto della legislazione sui brevetti. In linea generale, la protezione dei brevetti rappresenta un’importante eccezione alla libera circolazione delle risorse e delle idee, e la sua estensione non dovrebbe andare oltre quanto espressamente autorizzato dal *Patent Act*. A partire da questa premessa, le autorità hanno un ampio spazio di manovra<sup>292</sup>.

In termini piuttosto riduttivi, l’EO chiede al Procuratore Generale e al Segretario del Commercio di rivedere la posizione sui brevetti essenziali all’implementazione di uno standard (*standard essential patents*, d’ora in avanti *SEP*) e sugli impegni *FRAND*<sup>293</sup>. Coerentemente con tale dichiarazione politica, la divisione antitrust [del *DOJ*] aveva preso le distanze dalla *FTC*, intervenendo contro di essa in un importante caso che riguardava pratiche di esclusione nel mercato dei *SEP*<sup>294</sup>. La relativa decisione della Corte di appello del nono circuito, che ha ribaltato una decisione ben argomentata e supportata dalla corte del distretto settentrionale della California<sup>295</sup>, ha infatti eretto

---

289 Kwoka, 2015.

290 Hovenkamp, Shapiro, 2018.

291 *Trebra Mfg., Inc. v. Firefly Equip., LLC*, 748 F.3d 1159, 1172 (Fed. Cir. 2014). *Hovenkamp E., Cotter*, 2016.

292 Hovenkamp, 2015a.

293 DOJ, USPTO (U.S. Patent & Trademark Office), NIST (National Institute of Standards and Technology), *Policy Statement on Remedies for Standards-Essential Patents Subject to Voluntary FRAND Commitments*, 2019. Il termine *FRAND* sta per condizioni “Fair Reasonable and Non-Discriminatory”. N.d.t.: I *SEP* sono brevetti il cui sfruttamento è tecnicamente necessario per implementare uno standard: evitare l’utilizzo della tecnologia brevettata non è possibile nel realizzare dispositivi che devono essere conformi a norme tecniche condivise. Una soluzione per evitare che i *SEP* vengano impiegati in maniera abusiva consiste nell’impegno a concederli in licenza a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie, ossia in regime *FRAND*.

294 *FTC v. Qualcomm*, 969 F.3d 974 (9th Cir. 2020).

295 *FTC v. Qualcomm Corp.*, 411 F.Supp.3d 658 (N.D.Cal. 2019).

significativi ostacoli all'azione dell'autorità antitrust di controllo delle pratiche anti-concorrenziali nelle licenze *FRAND*. Per parte sua, il *Policy Statement* del Dipartimento di Giustizia, che viene ora messo in discussione, era incoerente con la prassi consolidata sul diritto ad ottenere un'ingiunzione<sup>296</sup>.

In particolare, la decisione del nono circuito rischia di minare accordi volontari di grande successo per la condivisione della tecnologia in aree come la telefonia mobile e i veicoli a guida autonoma, che generano enormi benefici sociali, ma sono altresì ad alto rischio di strumentalizzazione, soprattutto da parte dei *players* più grandi<sup>297</sup>. È chiaro che, con il senno di poi, non si può essere certi del fatto che l'esito sarebbe stato diverso se la Divisione Antitrust non avesse "cambiato sponda", decidendo di sostenere la parte che aveva violato il *FRAND* invece che la *FTC*. Inoltre, occorre fare attenzione a non violare la linea di confine tra diritto dei contratti e antitrust: gli accordi di licenza a condizioni *FRAND* hanno natura essenzialmente contrattuale, e non ogni violazione del contratto viola le leggi antitrust. Al contempo, però, il diritto dei contratti non è impenetrabile, e nel caso di specie le violazioni antitrust di *Qualcomm* sembravano abbastanza ben documentate.

È importante comprendere che gli impegni *FRAND* hanno natura privatistica e contrattuale, e sono capaci di attirare un gran numero di sviluppatori, in un'infrastruttura competitiva, ma in rete. Questo profilo, nella misura in cui favoriscono sia la cooperazione che la concorrenza nello sviluppo tecnologico, li rende un fattore di crescita economica davvero importante nei mercati tecnologici.

Nondimeno, pratiche come quelle che di *Qualcomm* sono una seria minaccia. Dichiarare che un brevetto è "essenziale per lo standard", prerequisito per collocarlo all'interno del *FRAND*, lo rende di gran lunga più valido, perché i *SEP* possono essere utilizzati da altre aziende, senza che queste si debbano preoccupare di future controversie su asserite violazioni dopo che hanno fatto un investimento importante nella tecnologia che utilizza quello standard. Il regime *FRAND* affronta questo problema con un importante compromesso: le licenze *FRAND* verranno incluse nello standard, ma con importanti limitazioni sul potere di esclusione che altrimenti la legge sui brevetti permetterebbe. In primo luogo, il regime *FRAND* impone licenze a livello di componente (non di prodotto finale) basate sul valore *ex ante* del brevetto, quindi prima della sua dichiarazione *FRAND*, ossia in un momento in cui era ancora in competizione con una gamma più ampia di alternative. L'impegno *FRAND*, poi, richiede che tali brevetti siano

---

296 Hovenkamp, 2020b.

297 Hovenkamp, 2019a.

concessi in licenza a tutti gli acquirenti a tassi *FRAND*, a prescindere dal fatto se l'as-serito licenziatario sia un concorrente.

*Qualcomm* ha violato queste regole facendo pagare *royalties* più alte rispetto ai tassi determinati dagli impegni *FRAND* e rifiutando selettivamente di concedere licenze ai concorrenti, in violazione dei medesimi impegni. Le evidenze sul potere di mercato e sull'esclusione erano più che sufficienti per sostenere le violazioni antitrust, ed era quindi un caso che la *FTC* non avrebbe dovuto perdere. A questo punto, è auspicabile che la *FTC* possa regolamentare gli impegni *FRAND* - indicando specificamente le condotte che faranno scattare il suo intervento - e che un rinnovato *DOJ* collabori. Come detto, le semplici violazioni degli impegni *FRAND* non sono da sole sufficienti, ma quando il potere di mercato e gli effetti di esclusione sono presenti, come lo erano chiaramente nel caso *Qualcomm*, l'intervento antitrust è appropriato. Il fatto che poi la palla passi alle corti federali, e che molti giudici rimangano perplessi, dovrebbe costituire un ulteriore incentivo per la *FTC* a giustificare e chiarire la sua posizione.

In aggiunta, l'*EO* si preoccupa - seppur non abbastanza convintamente - degli abusi dei brevetti, nel tentativo di "evitare la potenziale estensione anticoncorrenziale del potere di mercato oltre la portata dei brevetti concessi". Questo è certamente un problema, ma basandosi sulla vecchia formula dell'"oltre la portata di"<sup>298</sup>, l'*EO* trascura il potenziale abuso anticoncorrenziale che può sorgere "all'interno" dell'ambito di un brevetto. Gli accordi di *pay-for-delay* ne sono un esempio: il problema non è se la condotta - integrata da un accordo di risoluzione di una controversia per violazione di un brevetto - sia oltre l'ambito del brevetto, quanto piuttosto se il brevetto da cui tale pratica trae origine è valido. Per questa ragione, sono stati proprio i giudici dissenzienti *anti-enforcement* del caso *Actavis* a sostenere il test dello "*scope of the patent*"<sup>299</sup>. Infatti, nella maggior parte dei casi che hanno condannato la condotta anticoncorrenziale per essere "oltre lo scopo" del brevetto, si presumeva che il brevetto stesso fosse valido. Al contrario, [nel caso *Actavis*] il convenuto rivendicava un qualche tipo di diritto di esclusione, come la vendita abbinata di beni non brevettati, che il brevetto non proteggeva<sup>300</sup>.

---

298 *Coupe v. Royer*, 155 U.S. 565, 576 (1895). *Hovenkamp*, 2015.

299 *FTC v. Actavis Inc.*, 570 U.S. 136, 162, 167(2013)(*Roberts, C.J.*, dissenziente). *Impax Laboratories, Inc. v. Federal Trade Commission*, 994 F.3d 484 (5th Cir. 2021).

300 *Motion Picture Patents Co. v Universal Film Mfg. Co.*, 243 U.S. 502, 517(1917).

La stessa cosa vale per le acquisizioni anticoncorrenziali di brevetti e per molte delle attività delle *patent assertion entities* (d'ora in avanti *PAE*<sup>301</sup>) nell'acquisire e aggregare un gran numero di brevetti da inventori esterni. Nella maggior parte di questi casi, il problema non è che il convenuto sta agendo oltre il brevetto, ma che i brevetti stessi non sono validi o le pratiche, come le acquisizioni post-concessione, non sono affatto protette dalla legge sui brevetti<sup>302</sup>. In relazione a questi casi la *FTC* potrebbe svolgere un ruolo più incisivo.

In realtà, le aggregazioni di brevetti da parte delle *non practicing entities* (d'ora in avanti *NPE*<sup>303</sup>), che agiscono semplicemente per intentare cause contro la loro violazione, hanno già un rimedio nella legge esistente: la sezione 7 del *Clayton Act*, dedicata alle concentrazioni, proibisce le acquisizioni di *assets* e di azioni, e un brevetto rientra chiaramente nella prima categoria<sup>304</sup>. Mentre i brevetti sono beni trasferibili, le acquisizioni di brevetti possono diventare concentrazioni illegittime quando minacciano la concorrenza, e la validità del brevetto non è una difesa<sup>305</sup>. Dal brevetto discende un diritto di esclusione, ma non il diritto creare un monopolio dopo il suo rilascio. Questo semplice principio trae origine dalla differenza tra diritto di proprietà e monopolio. Per esempio, il proprietario di una fabbrica ha il potere di cacciare gli intrusi, ma questo non protegge le parti quando la vendita della fabbrica integra una concentrazione illegittima.

Ulteriormente, l'*EO* chiama la *FTC* a regolamentare gli accordi farmaceutici *pay-for-delay*. Nella sua decisione *Actavis* del 2013, la Corte Suprema ha affermato che tali accordi sono oggetto dello scrutinio antitrust. In breve, l'*Hatch-Waxman Act* concede un periodo di esclusiva di 180 giorni, una sorta di secondo brevetto, al primo farmaco generico che entra nel mercato dopo la scadenza del brevetto primario; tuttavia, questo sistema è stato pesantemente aggirato. Mentre i brevetti primari dei farmaci, in particolare quelli sulle molecole, sono di solito molto forti, le case farmaceutiche hanno attuato una serie di pratiche per brevettare prodotti simili che servono lo stes-

---

301 *N.d.t.*: le *PAE* sono imprese che acquistano brevetti da terze parti e cercano di guadagnare facendoli valere contro i presunti contraffattori. In altre parole, monetizzano i brevetti principalmente attraverso trattative di licenza con i presunti contraffattori, cause per violazione, o entrambi.

302 *Intellectual Ventures I, LLC v. Capital One Fin. Corp.*, 280 F.Supp.3d 691 (D.Md. 2017).

303 *N.d.t.*: Le *NPE* possono essere considerate una categoria più ampia che, a sua volta, contiene le *PAE*. In termini generali, le *NPE* includono università e altri proprietari di brevetti che cercano principalmente di sviluppare e trasferire tecnologia.

304 *Areeda, Hovenkamp*, 2021.

305 *Hovenkamp E., Hovenkamp*, 2017.

so bisogno di mercato del farmaco pioniere. Questi brevetti, a differenza di quelli sulla sequenza primaria, sono notoriamente deboli e hanno un elevato tasso di invalidità.

La variante più semplice della pratica *pay-for-delay* si ha quando un produttore di farmaci generici dichiara di voler entrare nel mercato alla scadenza del brevetto primario e, poco dopo, intenta una causa per violazione del brevetto secondario contro il titolare del brevetto primario (causa che sarebbe con ogni probabilità destinato a perdere in ragione della invalidità del brevetto). A quel punto, però, quest'ultimo paga al produttore del generico una somma ingente, spesso nell'ordine delle centinaia di milioni di dollari, per ritardare il suo ingresso per diversi anni. Ebbene, in forza dell'*Hatch-Waxman Act*, durante quel lasso di tempo nessun altro farmaco generico può essere immesso nel mercato. Questo accordo di "pagamento inverso" – è il titolare del brevetto primario che paga l'asserito contraffattore, non il contrario – ha l'effetto di estendere il periodo di esclusività del farmaco originale spesso per diversi anni, consentendo al primo produttore di mantenere alto il prezzo del farmaco<sup>306</sup>. Si è trattato di uno di quei casi in cui i giudici dissenzienti hanno invocato il parametro del *consumer welfare*, al contempo però approvando una pratica che aumentava indiscutibilmente i prezzi al consumo, spesso di centinaia di milioni di dollari<sup>307</sup>.

Sarebbe, quindi, maggiormente opportuna una regola sostanziale molto più severa, vicina ad una presunzione di illegittimità, che preveda la possibilità di condanna al pagamento di una sanzione equivalente ai costi della controversia ragionevolmente prevedibili (attualmente circa 6 milioni di dollari). Un titolare di brevetto ha il diritto di difenderlo quando lo ritiene ragionevolmente valido, e anche di concludere transazioni piuttosto che affrontare i costi e l'alea del giudizio. Tuttavia, quando, nell'ambito dell'*Hatch-Waxman Act*, gli accordi di pagamento inverso raggiungono le centinaia di milioni di dollari, è abbastanza chiaro che le parti non stanno litigando su un brevetto che si presume essere valido; piuttosto, stanno aggirando il sistema allo scopo di ripartirsi le rendite di una pratica che sfrutta quella legge per ottenere un esito opposto a quello dalla stessa voluto, ossia facilitare il rapido ingresso nel mercato dei farmaci generici<sup>308</sup>.

Da ultimo, l'*EO* contiene alcune indicazioni, dirette principalmente al Segretario della Sanità e dei Servizi Umani, in merito alle pratiche che ritardano irragionevolmente

---

<sup>306</sup> Edlin, Hemphill, Hovenkamp, Shapiro, 2015.

<sup>307</sup> *FTC v. Actavis, Inc.*, 570 U.S. 136, 161 (2013) (giudice Roberts dissenziente, unitamente a Scalia e Thomas).

<sup>308</sup> Hovenkamp E., 2019.

l'immissione nel processo concorrenziale e la produzione di farmaci biosimilari, nonché l'accesso del produttore esterno ai prodotti farmaceutici a scopo di contenzioso. Un farmaco biosimilare è un composto distinguibile dall'originale, ma che non ha differenze cliniche significative in termini di sicurezza ed efficacia<sup>309</sup>. Un abuso particolarmente deprecabile è l'acquisizione, da parte di un produttore di farmaci pionieri, di brevetti su farmaci simili ai propri. L'azienda non sfrutta questi brevetti, ma li detiene per assicurarsi che nessun'altra impresa possa mettere a punto un farmaco simile<sup>310</sup>. Attualmente ci sono poche controversie antitrust che coinvolgono le aziende che ritardano l'ingresso dei biosimilari acquisendone preventivamente il brevetto<sup>311</sup>. Altri reclami, poi, riguardano gli sconti anticoncorrenziali che legano insieme pacchetti di farmaci, che di fatto escludono un concorrente biosimilare<sup>312</sup>. Ci sono anche controversie, non esclusivamente ai sensi delle leggi antitrust, che riguardano accordi con le assicurazioni che limitano le coperture per l'uso dei biosimilari<sup>313</sup>.

Nella maggior parte delle controversie antitrust in materia di brevetti, la *FTC* – nella sua veste di regolatore – ha il vantaggio di dover dimostrare solo la violazione, e non il nesso di causalità e i danni, alla cui prova sono invece tenuti i ricorrenti privati<sup>314</sup>. Ciò è particolarmente importante nei settori ad alta innovazione, perché in essi dimostrare il nesso di causalità e i danni richiede di stabilire correlazioni estremamente difficili da dimostrare in mercati complessi dove gli effetti dell'innovazione sono un elemento importante<sup>315</sup>.

**7.** L'*EO* raccomanda altresì che le agenzie competenti promuovano politiche volte a proteggere i lavoratori da accordi che riducono i salari o la mobilità occupazionale. È un riferimento agli accordi che i datori di lavoro concludono per ridurre i salari o per non cercare di attrarre i rispettivi dipendenti. Questi ultimi, a ben vedere, sono già considerati illegali di per sé ai sensi della legislazione antitrust statunitense e possono integrare illeciti penali<sup>316</sup>. Al contempo, il riferimento non è neppure agli accordi tra

---

309 *Carrier, Minniti, 2018.*

310 *Day, Schuster, 2019; Loftus, Roland, 2018.*

311 *In re Humira Antitrust Litigation, 465 F.Supp.3d 811 (N.D.II. 2020), app. docketed 7th Cir. July 30, 2020. Biocad JSC v. Hoffman-La Roche, 942 F.3d 88 (2d Cir. 2019). Hovenkamp, Janis, Lemley, Leslie, Carrier, 2021.*

312 *Pfizer, Inc. v. Johnson & Johnson, 333 F.Supp.3d 494 (E.D.Pa. 2018).*

313 *In re Remicade Antitrust Litig., 345 F.Supp.3d 566 (E.D.Pa. Dec. 7, 2018).*

314 *Soter, 2018.*

315 *Hovenkamp, 2021a.*

316 *DOJ, Antitrust Division, "No-Poach Approach", 2019. Si veda anche: Indictment, United States*

lavoratori per ottenere un salario più alto: la maggior parte di essi sono immuni dalle leggi antitrust ai sensi della sezione 6 dello *Sherman Act*, di altre disposizioni, nonché di una giurisprudenza sedimentata che riconosce l'immunità del lavoro dall'antitrust<sup>317</sup>. Inoltre, l'*EO* esorta il Procuratore Generale e la *FTC* a valutare la modifica della *Antitrust Guidance for Human Resource Professionals*, che le autorità hanno pubblicato congiuntamente nell'ottobre 2016. Tali linee guida chiariscono già che gli accordi puri di non assunzione dei rispettivi dipendenti o di fissazione dei salari sono sempre illegali, mentre non lo sono quando vengono utilizzati in buona fede nelle *joint ventures* che comportano l'impiego condiviso di lavoratori. Inoltre, le attuali linee guida stabiliscono che gli scambi di informazioni sui salari o su altre condizioni di lavoro non sono di per sé illegittimi; tuttavia, anche un invito non accettato ad impegnarsi nella fissazione dei salari può essere illegittimo ai sensi dell'*FTC Act*. A tale riguardo, se è vero che siffatti inviti non accettati generalmente non violano la sezione 1 dello *Sherman Act*, poiché essa richiede un "accordo" tra le parti, lo stesso non si può dire del par.5 dell'*FTC Act*, il quale non menziona tale requisito. Ecco che questo è un ambito in cui l'*FTC Act* può avere una portata maggiore dello *Sherman Act*<sup>318</sup>.

Ulteriormente, l'*EO* sollecita il presidente della *FTC* a impegnarsi nel regolare l'"abuso degli accordi di non concorrenza" o di altre clausole che limitano la mobilità occupazionale. Qui i problemi sono significativi. Tipicamente i patti di non concorrenza sono clausole inserite nei contratti di lavoro che impediscono ai dipendenti di passare alla concorrenza per un certo periodo dopo la cessazione del rapporto di lavoro. Storicamente sono stati utilizzati per proteggere gli interessi delle imprese i cui dipendenti possedevano segreti commerciali o informazioni rilevanti, o che avevano ricevuto una formazione specifica a spese dei datori di lavoro. In questi casi, il timore era che i datori di lavoro che assumevano questi dipendenti potessero agire da *free riders*. Anche con queste presunzioni, si è sempre dubitato che i patti di non concorrenza producessero benefici sociali effettivi. Ad esempio, gli studi che hanno confrontato il modello californiano, che proibisce la maggior parte dei patti di non concorrenza, e quello del Massachusetts, che ne riconosce la validità, tendevano a concludere che il primo promuovesse lo sviluppo economico più del secondo. In effetti, alcuni studi hanno addirittura suggerito che la ragione per cui la Silicon Valley si è sviluppata nella zona di Stanford, California, piuttosto che nell'area di Cambridge/MIT/Harvard risiede proprio nel rifiuto della California di dare esecuzione ad accordi che limitano la mobilità dei

---

*of America v. Surgical Care Affiliates, LLC*, No. 3-21CR0011-L (N.D. Tex. Jan. 5, 2021), ECF No. 1.

317 15 U.S.C. §17. Areeda, Hovenkamp, 2021.

318 Areeda, Hovenkamp, 2021.

dipendenti<sup>319</sup>. Queste evidenze, comunque, sono fortemente dibattute<sup>320</sup>.

Ad ogni modo, anche i patti che coinvolgono dipendenti altamente qualificati dovrebbero essere riesaminati, e si dovrebbero prendere in considerazione soluzioni alternative meno restrittive, come la diretta perseguibilità del furto di segreti commerciali. Se le evidenze fornite dalla maggioranza degli studi in materia sono affidabili, una regola stringente contro tali patti potrebbe non essere una cattiva idea, senza però dimenticare che la maggior parte delle cause per dare esecuzione ai divieti di non concorrenza sono condotte ai sensi delle leggi statali o del *common law*.

Un fenomeno relativamente recente che riguarda i patti di non concorrenza è ancor più preoccupante perché coinvolge dipendenti che non hanno ricevuto un alto grado di formazione o generalmente non sono a conoscenza di segreti commerciali. Infatti, è emerso che in industrie come i *fast food* è diffusa la prassi di inserire i patti di non concorrenza nei contratti dei lavoratori a basso salario che hanno solo una formazione minima. Tali accordi sono difficilmente difendibili da un punto di vista economico, anche i base alle presunzioni tradizionali e, ad oggi, alcuni *franchisors* hanno vi hanno rinunciato a fronte del contenzioso antitrust<sup>321</sup>.

Un fattore che, però, complica l'intervento delle autorità antitrust è che questi patti sono accordi verticali che solitamente interessano mercati dei prodotti concorrenziali. Molti di quelli attualmente oggetto di controversia sono inseriti all'interno di singoli contratti di *franchising*. Ad esempio, il caso *DesLandes v. McDonald's* era un'azione giudiziaria contro gli accordi che *McDonald's* ha inserito nei contratti di *franchising* di tutti i suoi *franchisees*, in modo da impedire ai dipendenti di spostarsi da un *franchisee* all'altro<sup>322</sup>. Mentre un accordo orizzontale di questo tipo concluso tra ristoranti concorrenti sarebbe illegale, da un punto di vista formale gli accordi di *McDonald's* costituiscono una serie di accordi verticali tra *McDonald's*, nella sua veste di *franchisor*, e ciascuno dei suoi *franchisees*. Secondo la legislazione antitrust attuale, un accordo verticale di questo tipo deve essere deciso con la *rule of reason*<sup>323</sup>, e anche una grande

---

319 Twomey, 2017. Marx, Singh, Fleming, 2015. Almeida, Kogut, 1999. Fallick, Fleischman, Rebitzer, 2006.

320 Barnett, Sichelman, 2020.

321 *Conrad v. Jimmy John's Franchise, LLC*, 2021 WL 718320 (S.D. Il. Feb. 24, 2021).

322 *Deslandes v. McDonald's USA, LLC*, 2018 WL 3105955 (N.D. Il. Jn. 25, 2018); *Arrington v. Burger King Worldwide, Inc.*, 448 F.Supp.3d 1322 (S.D. Fl. 2020), app. docketed (11th Cir. Sep. 23, 2020). *Blanton v. Domino's Pizza Franchising, LLC*, 2019 WL 2247731 (E.D. Mi. May 24, 2019). Iadevaia, 2020.

323 *NYNEX Corp. v. Discon, Inc.*, 525 U.S. 128 (1998).

catena di *fast food* come *McDonald's* non detiene una quota di mercato del 30-40%, soglia che di solito le corti richiedono a tali fini.

Diventa allora dirimente stabilire se questi accordi di non concorrenza, formalmente verticali, non siano invece orizzontali e inseriti per beneficiare (in modo anticoncorrenziale) dei *franchisees* concorrenti. A volte, le disposizioni contrattuali aiutano: ad esempio, nel rifiutare di respingere un'azione antitrust contro un accordo di non concorrenza inserito da *Jimmy John's*, catena di *sandwich*, nei suoi contratti di *franchising*, la Corte ha utilizzato come appiglio una clausola a favore di terzo che consentiva a un *franchisee* di *Jimmy John's* di agire in giudizio contro un altro *franchisee* della stessa catena per far rispettare l'accordo<sup>324</sup>. Ciò è sintomatico del fatto che queste clausole di non concorrenza avevano natura orizzontale ed erano state inserite per permettere ai *franchisees* di limitare la concorrenza salariale.

L'EO incoraggia il presidente della *FTC* a lavorare con il resto della commissione per la messa a punto di regole "appropriate e coerenti con la legislazione applicabile" rispetto ad "accordi che possono indebitamente limitare la capacità dei lavoratori di cambiare occupazione". Come notato in precedenza, il par. 5 dell'*FTC Act* può essere utilizzato contro tutto ciò che è coperto dallo *Sherman Act*, più una serie di pratiche che, pur non essendo in esso esplicitate, rientrano nel suo spirito<sup>325</sup>. In linea con ciò, una regolamentazione più stringente degli accordi di non concorrenza *intra-franchising*, anche se formalmente non orizzontali, appare giustificata. Tali accordi servono a limitare la mobilità dei dipendenti in un settore precario e caratterizzato da bassi salari, promettendo assai pochi benefici in cambio, soprattutto quando vengono applicati indiscriminatamente a tutti i dipendenti.

Un altro limite alla mobilità dei dipendenti sono le restrizioni che traggono origine dalle licenze professionali, che l'EO si limita a menzionare, ma non analizza in dettaglio. Potrebbe, allora, trattarsi di un riferimento alle licenze statali ritenute troppo restrittive. Se così fosse, ciò richiederebbe quasi certamente una legislazione federale preventiva, il che solleverebbe notevoli controversie sull'assetto federale e sul diritto dei singoli Stati di concedere licenze interne ai praticanti di varie occupazioni. Strettamente correlate, ma più facilmente riconducibili sotto l'egida della legislazione antitrust, sono le regolazioni delle "pratiche non autorizzate", che sono spesso emanate dagli stessi gruppi professionali interessati. Qui la politica antitrust federale ha un ruo-

---

324 *Butler v. Jimmy John's Franchise, LLC*, 331 F.Supp.3d 786, 793 (S.D.Ill. 2018). *Jimmy John's* ha successivamente espunto gli accordi di non concorrenza.

325 *FTC v. Brown Shoe Co., Inc.*, 384 U.S. 316 (1966).

Io: ad esempio, nel caso *North Carolina Board of Dental Examiners v. FTC*<sup>326</sup>, una Corte Suprema divisa (6-3) ha affermato che l'immunità antitrust dell'"azione statale" non era applicabile in un caso in cui una commissione statale, interamente controllata da dentisti e senza la supervisione di alcuna autorità pubblica, ha approvato e reso esecutivo il divieto di sbiancamento dei denti da parte di non dentisti<sup>327</sup>.

Quel che non si evince chiaramente dall'*EO* è se il Presidente voglia andare oltre. La dottrina dell'"azione statale", che è radicata nella storia<sup>328</sup>, ha sempre costituito un esercizio di bilanciamento del federalismo, come testimoniato dal dissenso nel caso *North Carolina Dental*. In forza di essa, gli Stati sono liberi di regolare tutte le licenze professionali che desiderano, a condizione che sia effettivamente lo Stato, non i privati, ad agire. Ad esempio, se uno Stato volesse prevedere la licenza di *dog-sitter* potrebbe farlo, a condizione che lo faccia attraverso una legge o altra azione di regolazione, e che ogni decisione privata sia adeguatamente supervisionata da un attore governativo indipendente. A quel punto, la politica antitrust non ha più nulla da dire e si fa da parte. Un passo ulteriore potrebbe essere costituzionalmente percorribile, ma richiederebbe un giudizio diverso sulla ripartizione della potestà legislativa tra livello federale e statale, in un settore che è stato tradizionalmente riservato agli Stati per la maggior parte delle occupazioni, con alcune eccezioni come le licenze dei piloti di aereo. In ogni caso, un'intrusione federale più incisiva nella potestà statale di regolazione delle professioni è qualcosa che probabilmente le autorità antitrust non possono realizzare autonomamente, e il Congresso potrebbe anche non ritenerla cosa opportuna.

**8.** La questione del diritto di riparare i propri macchinari/dispositivi durevoli o, in alternativa, di scegliere il tecnico riparatore, può apparire lontana dall'antitrust, e in parte lo è. Invero, il diritto di scelta del servizio di riparazione è stato oggetto di una controversa decisione antitrust della Corte Suprema del 1992<sup>329</sup>. La Corte ha ritenuto che le restrizioni imposte da un'impresa non dominante alle riparazioni a terzi delle sue fotocopiatrici fossero legittime ed azionabili, per lo meno nei casi in cui il proprietario della fotocopiatrice, vincolato dal suo acquisto, aveva bisogno di pezzi di ricambio e servizi specifici di quella particolare marca. Dopo il rinvio, i ricorrenti ottennero una vittoria significativa<sup>330</sup> e, di conseguenza, il diritto alla riparazione ha ancora una certa

---

326 91574 U.S. 494 (2015).

327 *Areeda, Hovenkamp, 2021*.

328 *Parker vs. Brown, 317 U.S. 341 (1943)*.

329 *Eastman Kodak Co. v. Image tech. Servs., 504 U.S. 451 (1992)*.

330 125 F.3d 1195 (9th Cir. 1997).

rilevanza ai sensi dello *Sherman Act*, in particolare se la restrizione imposta dal produttore può caratterizzarsi come un accordo di vendita abbinata<sup>331</sup>.

Il diritto alla riparazione può altresì sollevare problemi nell'ambito del diritto dei brevetti, ed in particolare nella distinzione che corre tra "riparazione" e "ricostruzione"<sup>332</sup>. Secondo la legge sui brevetti, infatti, il compratore/utente di un bene brevettato ha il diritto di "ripararlo", ma non di "ricostruirlo" e, in genere, la Corte Suprema ha dato un'interpretazione favorevole ai compratori/utenti. Ad esempio, nella sua decisione *Aro Manufacturing Co. v. Convertible Top Replacement Co.*<sup>333</sup>, la Corte ha statuito che una ditta indipendente può legittimamente sostituire l'intera capote in tela di un'auto, lasciando solo i supporti di metallo originali. Come spesso accade, il bene brevettato aveva parti monouso o che si usurano più rapidamente di altre. Basandosi su questa decisione, nel caso *Jazz Photo Corp. v. ITC*<sup>334</sup> la Corte di appello del circuito federale ha affermato che le imprese che avevano completamente rinnovato macchine fotografiche usa e getta monouso stavano effettuando una "riparazione" ammissibile. Tale diritto si riflette fortemente anche nella dottrina dell'"esaurimento" dei brevetti, ai sensi della quale l'acquisto di un articolo brevettato esaurisce i diritti del titolare del brevetto, lasciando al proprietario la libertà di ripararlo. Ad esempio, una volta che un produttore di stampanti abbia venduto una cartuccia di toner brevettata, non potrà sfruttare la legge sui brevetti per far valere una restrizione che impedisca agli utenti di ricaricarla e di sostituire le parti usurate<sup>335</sup>. Ad ogni modo, l'esaurimento dei brevetti non è una dottrina antitrust, ma è spesso applicata in modo da vagliare le stesse pratiche verticali della legislazione antitrust<sup>336</sup>.

Guardando solo ai prodotti venduti, il diritto dell'acquirente di fare le riparazioni sembra essere radicato nella tradizione giuridica statunitense. In effetti, la dottrina dell'esaurimento dei brevetti risale agli inizi del ventesimo secolo<sup>337</sup>, mentre il favore per le riparazioni addirittura agli anni Cinquanta dell'Ottocento<sup>338</sup>.

---

331 *Hovenkamp*, 2017.

332 *Richter*, 2020.

333 365 U.S. 336 (1961), successivamente in 377 U.S. 476 (1964).

334 264 F.3d 1094 (Fed. Cir. 2001).

335 *Impression Products, Inc. v. Lexmark Intern., Inc.*, 137 S.Ct. 1523 (2017).

336 *Areeda*, *Hovenkamp*, 2021.

337 *Goodyear Shoe Mach. Co. v. Jackson*, 112 F. 146, 150 (1st Cir. 1901). *Morrin v. Robert White Eng'g Works*, 138 F. 68, 77 (C.C.E.D.N.Y. 1905).

338 *Wilson v. Simpson*, 50 U.S. 109 (1850). *Hovenkamp*, 2018b.

Tuttavia, due importanti varianti possono complicare le cose: una è quando il pezzo ulteriore è esso stesso brevettato; la seconda si verifica quando gli strumenti necessari per la diagnostica o la riparazione includono un *software* concesso in licenza.

Supponiamo che una particolare componente elettronica brevettata di un telefono cellulare si guasti e debba essere sostituita. In questo caso, la legge sui brevetti stabilisce che un titolare non ha il dovere di concedere in licenza un brevetto a qualcun altro, e quindi un produttore del pezzo brevettato non ha il dovere di venderlo<sup>339</sup>. In questo caso, ai sensi della legge attuale, il proprietario del telefono rischia di non avere alternative: può ottenere il pezzo solo dal produttore proprietario del brevetto, che potrebbe insistere per installarlo. Si potrebbe, insomma, creare un legame componenti-servizi, che in alcune circostanze potrebbe violare le leggi antitrust.

Una variante simile si verifica quando la componente sostitutiva ha caratteristiche di design coperte da un brevetto. Tale problema è emerso nel mercato dei pezzi sostitutivi per automobili e rischia di disincentivare le imprese a produrre e vendere parti sostitutive non originali. Nella causa *Automotive Body Parts Assn. v. Ford Global Tech, LLC*, la Corte di appello del circuito federale ha affermato che un produttore di automobili può legittimamente far valere i brevetti di design su parti post-vendita come i paraurti<sup>340</sup>. Per tale via si consente di impedire a terzi di produrre parti di ricambio per automobili – o sostanzialmente qualsiasi altra cosa – se il pezzo ha una componente di design visibile e non funzionale protetto. Ad esempio, un produttore indipendente di paraurti non potrebbe produrne una copia esatta, ma dovrebbe rendere il suo aspetto sufficientemente diverso in modo da non violare il brevetto sul design. La portata di questa decisione potrebbe effettivamente spazzare via una grande quota del mercato di componenti post-vendita di terze parti, che sono spesso preferiti dagli assicuratori perché meno costosi. I brevetti di design si suppone coprano le caratteristiche non funzionali, che vanno quindi distinti dai brevetti che coprono l'utilità. In passato la Corte di appello del circuito federale era stata più sensibile a questo problema, ad esempio, affermando che un brevetto di design su uno stelo di chiave non potesse essere concesso se il suo scopo principale era di renderlo incompatibile con le serrature prodotte da altri<sup>341</sup>. Questo problema, quindi, potrebbe essere affrontato portando una controversia dinanzi alla Corte di appello del circuito federale, organo giurisdizionale che di solito decide l'appello di questi casi.

---

339 35 U.S.C. §271(d)(4). *Image Tech. Svces., Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 125 F.3d 1195, 1214 n.7 (9th Cir. 1997).

340 *Automotive Body Parts Assn. (ABPA) v. Ford Global Tech., LLC*, 930 F.3d 1314 (Fed. Cir. 2019).

341 *Best Lock Corp. v. Ilco Unican Corp.*, 94 F.3d 1563 (Fed. Cir. 1996).

Il secondo scenario si verifica quando la riparazione richiede un software diagnostico che è concesso in licenza agli utenti, che quindi sono soggetti a restrizioni che proibiscono effettivamente l'utilizzo dello strumento diagnostico da parte di terzi, incluso persino il proprietario del dispositivo. Per esempio, *John Deere* ha usato tali clausole nelle licenze del software per alcuni dei suoi trattori<sup>342</sup>. In linea generale, la dottrina della prima vendita non si applica perché il software non è venduto, bensì concesso in licenza. Tuttavia, due dottrine che potrebbero venire in rilievo sono l'abuso del *copyright* e il *fair use*, e quest'ultima è più promettente.

L'“abuso” si verifica quando il titolare di un diritto di proprietà intellettuale pone delle restrizioni che si pensa possano danneggiare la concorrenza in modo irragionevole, anche se potrebbero non integrare violazioni antitrust. Ad esempio, nel caso *Lasercomb America, Inc. v. Reynolds*<sup>343</sup>, la Corte di appello del quarto circuito ha riconosciuto un abuso di *copyright* in una licenza software per un pacchetto di design che impediva al licenziatario di progettare qualsiasi software concorrente. Mentre quell'accordo molto probabilmente non violava le leggi antitrust, nondimeno imponeva una restrizione anticoncorrenziale sull'uso del software. O, ancora, nel caso *Assessment Techs., LLC v. WIREdata, Inc.*<sup>344</sup> il giudice Posner - che non ha mai interpretato la legge sull'abuso in modo espansivo - ha riconosciuto come “simile all'abuso” il tentativo di un proprietario di un database protetto da *copyright* di limitare irragionevolmente l'accesso a dati non protetti da *copyright*. In quel caso, il database era stato progettato per memorizzare i dati delle imposte sulla proprietà e i periti fiscali lo hanno utilizzato a tale scopo. Di conseguenza, l'unico modo per accedere ai dati fiscali era usare il database, cosa che il proprietario ha negato.

Il caso *Wiredata*, infine, sembra abbastanza pertinente al problema sopra esposto: l'agricoltore in questione, o il suo fornitore di servizi, non voleva accedere al software per fare copie pirata, ma solo per diagnosticare il trattore.

L'alternativa è la dottrina del *fair use*, la cui portata è stata recentemente ampliata dalla Corte Suprema in *Google, LLC v. Oracle America, Inc.*<sup>345</sup>. Nel decidere tale caso, la Corte ha riconosciuto la correttezza dell'utilizzo da parte di *Google* del codice di interfaccia di programmazione dell'applicazione in un software *Oracle*. Nel caso del diritto

---

342 *Mirr*, 2020.

343 911 F.2d 970 (4th Cir. 1990).

344 350 F.3d 640, 647 (7th Cir. 2003). Per un'ulteriore analisi del problema si rinvia a: Bohannon, Hovenkamp, 2013.

345 141 S.Ct. 1183 (2021); *Chamberlain Group v. Skylink tech.*, 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004).

di riparazione, invece, il fornitore di servizi o il proprietario del dispositivo cerca semplicemente di effettuare una riparazione.

La *FTC* ha già affrontato alcune di queste questioni in un rapporto sul diritto di riparazione pubblicato nel maggio 2021<sup>346</sup>. In esso l'autorità raccomanda l'emanazione di una nuova legislazione, che potrebbe essere necessaria per molte situazioni. Le considerazioni qui proposte sono quindi volte semplicemente ad evidenziare che la legislazione attuale permetterebbe già di affrontare parte del problema.

**9.** L'*EO* invita il Segretario dell'Agricoltura a vagliare alcune pratiche nei mercati agricoli e i modi per rendere più effettivo il *Packers and Stockyards Act (PSA)*. Il monitoraggio del rispetto di tale statuto, che non fa parte delle leggi antitrust, è di competenza del Segretario dell'Agricoltura, anche se il Procuratore Generale può agire in giudizio per ottenere il pagamento delle sanzioni<sup>347</sup>. Secondo un'altra legge in materia, il privato che sia danneggiato da una violazione del *PSA*, o di alcuni regolamenti del Segretario dell'Agricoltura, può altresì agire in giudizio forza del diritto statale, ma può aspirare ad un unico risarcimento. Inoltre, il Segretario può agire in giudizio su denuncia di un querelante privato o di uno Stato.

Più in dettaglio, il *PSA* vieta le pratiche sleali e ingannevoli, nonché quelle volte a manipolare o controllare i prezzi o a riservare "preferenze indebite" ad alcuni operatori rispetto ad altri. Il linguaggio ampio e vago ha indotto il giudice Taft, presidente della Corte Suprema, a descrivere la legge nel 1922 come se intendesse i magazzini degli Stati Uniti come "grandi servizi pubblici nazionali"<sup>348</sup>. Più di recente, le Corti hanno riempito di significato questa ampiezza leggendo in essa il potere di mercato e i requisiti per un danno alla concorrenza in linea con le leggi antitrust<sup>349</sup>. Invero, molte delle pratiche descritte assomigliano a illeciti commerciali più che a violazioni antitrust, e lo statuto è stato redatto per trattarle in tal modo. Tuttavia, in *Terry contro Tyson Farms, Inc.*<sup>350</sup>, la Corte ha deciso che la presunta pratica della *Tyson* di sottopesare i polli che le vengono venduti dai coltivatori non viola la legge perché non provoca un danno alla concorrenza, prescindendo dal fatto che la disposizione del *PSA* non contiene alcun requisito in tal senso.

---

346 *FTC, Nixing the Fix: An FTC Report to Congress on Repair Restriction, 2021.*

347 7 USC §§192, 213, 215-216. *Areeda, Hovenkamp, 2021. Hovenkamp, 2011.*

348 *Stafford v. Wallace, 258 U.S. 495, 516 (1922).*

349 *E.g., in re Pilgrim's Pride Corp., 728 F.3d 457 (5th Cir 2013).*

350 *604 F.3d 272 (6th Cir. 2010).*

Decisioni come il caso *Terry* stanno erroneamente leggendo nel *PSA* requisiti di danno alla concorrenza simili a quelli dell'antitrust: le prime due sottosezioni della legge non contengono alcun requisito di potere di mercato o di danno competitivo, mentre le tre seguenti sì. Di tutta evidenza, allora, aggiungere i requisiti del danno alla concorrenza nelle prime due integra un'interpretazione *contra legem*. In tale ottica, si può dare corso all'indicazione dell'*EO* ai sensi della legge attuale, senza che siano necessari emendamenti. Se si interpretasse il *PSA* come una legge sull'illecito civile, il numero delle controversie aumenterebbe, così espandendo effettivamente la portata della legge federale nel contrastare gli illeciti commerciali agricoli.

Infine, l'*EO* menziona brevemente la necessità di garantire che il sistema di proprietà intellettuale non riduca inutilmente la concorrenza nelle sementi "oltre quella ragionevolmente contemplata dal *Patent Act*" e dal *Plant Variety Protection Act* del 1970.

**10.** Gli sforzi del presidente Biden per risollevere l'economia statunitense hanno puntato coerentemente in una direzione: far crescere la produzione economica complessiva. Volumi di produzione elevati avvantaggiano i consumatori con prezzi più bassi, i lavoratori ed altri fornitori con maggiori opportunità e maggiore competitività nei mercati del lavoro, e beneficiano altresì il business in generale.

L'obiettivo delle leggi antitrust è anche quello di promuovere la massima produzione nei singoli mercati. Infatti, l'antitrust non dovrebbe essere uno strumento per punire le imprese o per renderle meno produttive, solo per soddisfare qualche obiettivo non economico. Una sua caratteristica è che può essere abbastanza tollerante nei confronti delle grandi imprese, purché non si comportino in modo anticoncorrenziale. A volte si è tentati di guardare con nostalgia all'epoca di Brandeis e alla protezione delle piccole imprese dalle incursioni delle catene di negozi e della distribuzione organizzata, ma quel movimento ha fallito miseramente, cosa del resto inevitabile vista l'avversione dei clienti. Di contro, le pratiche anticoncorrenziali devono essere attentamente investigate, perseguite e impedito. È qui che la politica antitrust può creare i benefici maggiori e più ampiamente redistribuiti.

## **Il caso Amazon Flex e l'intervento della FTC**

### **STATEMENT OF COMMISSIONER ROHIT CHOPRA<sup>351</sup>**

*Regarding the Deception of Delivery Drivers by Amazon.com Commission File No. 1923123 February 2, 2021*

Today, the FTC is sanctioning Amazon.com (NASDAQ: AMZN) for expanding its business empire by cheating its workers. In 2015, Amazon launched Flex, a package delivery service that was widely seen as a challenge to FedEx and UPS.<sup>352</sup> To recruit drivers, the company promised to pay them a minimum of \$18 to \$25 an hour, plus tips.<sup>353</sup> But once the service was off the ground, in late 2016, Amazon changed course. The Commission's complaint charges that the company secretly began cutting its payments to drivers, and siphoning their tips to make up the difference.<sup>354</sup> In total, Amazon stole nearly one-third of drivers' tips to pad its own bottom line.

This theft did not go unnoticed by Amazon's drivers, many of whom expressed anger and confusion to the company. But, rather than coming clean, Amazon took elaborate steps to mislead its drivers and conceal its theft, sending them canned responses that repeated the company's lies. The complaint charges that Amazon executives chose not to alter the practice, instead viewing drivers' complaints as a "PR risk," which they sought to contain through deception.<sup>355</sup>

Amazon's scheme ended after it was exposed, but it likely produced significant benefits for the company. First, by promising a higher base pay initially, Amazon was likely able to recruit drivers more quickly, particularly as the company tried to stand up Amazon Flex in time for the holiday season.<sup>356</sup> Second, and most directly, Amazon's bait-

---

351 Testo disponibile al sito: [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/1587003/20200102\\_final\\_rchopra\\_statement\\_v2.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1587003/20200102_final_rchopra_statement_v2.pdf)

352 See Laura Stevens, *Amazon Drives Deeper Into Package Delivery*, WALL STREET J. (June 28, 2018), <https://www.wsj.com/articles/amazon-drives-deeper-into-package-delivery-1530158460>.

353 Compl., In the Matter of Amazon, Inc., Fed. Trade Comm'n File 1923123, ¶¶ 17-20.

354 *Id.* ¶¶ 30-34.

355 *Id.* ¶ 35-47.

356 Shortly after launching Flex, Amazon noted that it was trying to "ramp quickly" in anticipation

and-switch allowed the company to pocket more than \$60 million in workers' tips.<sup>357</sup> And finally, by allegedly misleading its workers about their earnings, the company made it less likely that drivers would seek better opportunities elsewhere, helping Amazon attract and retain workers in its quest to dominate.<sup>358</sup>

By the time this scheme was exposed in late 2019, Amazon Flex was far more established. In fact, that same year, the company quietly disclosed that it was slashing drivers' minimum pay by more than 15 percent, relative to what it promised in 2015.<sup>359</sup> This conduct raises serious questions about how Amazon amassed and wielded its market power. Fortunately, today's action to redress the company's victims does not prevent the FTC or state attorneys general from assessing whether Amazon has engaged in a broader pattern of unfair practices in violation of the antitrust laws.

Today's order provides substantial redress to the families victimized by Amazon's anticompetitive deception. However, this cannot be the only action we take to protect workers and families from dominant middlemen. The FTC will also need to carefully examine whether tech platforms are engaging in anticompetitive conduct that hoodwinks workers and crushes law-abiding competitors.<sup>360</sup>

The Commission has historically taken a lax approach to worker abuse, entering no-consequences settlements even in naked wage-fixing matters that are criminal in nature.<sup>361</sup> Despite broad pronouncements about a commitment to policing markets for

---

*of the holiday season, Prime Day, and other periods of high demand. See Becky Yerak, Uber for packages? Amazon looking for drivers to deliver goods, CHICAGO TRIBUNE (Oct. 9, 2015), <https://www.chicagotribune.com/business/ct-amazon-flex-chicago-1009-biz-20151009-story.html>.*

<sup>357</sup> *Compl., supra note 2, ¶ 8.*

<sup>358</sup> *During the period of the alleged lawbreaking, gig workers were reportedly in high demand. See Christopher Mims, In a Tight Labor Market, Gig Workers Get Harder to Please, WALL STREET J. (May 4, 2019), <https://www.wsj.com/articles/in-a-tight-labor-market-gig-workers-get-harder-to-please-11556942404>.*

<sup>359</sup> *After Amazon's scheme was exposed, the company indicated that it would begin paying drivers a minimum of \$15 per hour. See Chaim Gartenberg, Amazon will no longer use tips to pay delivery drivers' base salaries, THE VERGE (Aug. 22, 2019), <https://www.theverge.com/2019/8/22/20828550/amazon-delivery-drivers-tips-end-base-salaries-flex>. This was a significant reduction from the \$18 promised in 2015, particularly when adjusted for cost of living.*

<sup>360</sup> *I have previously outlined certain steps that regulators can take to address anticompetitive practices in labor markets. Comment Submission of Commissioner Chopra to Department of Justice Initiative on Labor Market Competition (Sept. 18, 2019), <https://www.ftc.gov/public-statements/2019/09/comment-submission-commissioner-chopra-department-justice-initiative-labor>.*

<sup>361</sup> *In 2019, the FTC agreed to a no-consequences settlement with respondents charged with*

anticompetitive conduct that harms workers,<sup>362</sup> the FTC has done little. I hope that today's action turns the page on this era of inaction.

I also agree with Acting Chairwoman Slaughter and Commissioner Phillips that preying on workers justifies punitive measures far beyond the restitution provided here, and I believe the FTC should act now to deploy dormant authorities to trigger civil penalties and other relief in cases like this one.<sup>363</sup>

Companies should succeed only when they compete, not when they cheat or abuse their power. While Amazon.com is one of the largest, most powerful, and most feared firms in the world, the company cannot be above the law. Regulators and enforcers in the United States and around the globe can no longer turn a blind eye.

---

*blatant wage-fixing. See Dissenting Statement of Commissioner Rohit Chopra In the Matter of Your Therapy Source, Neeraj Jindal and Sheri Yarbray, Fed. Trade Comm'n File No. 1710134 (Oct. 31, 2109), <https://www.ftc.gov/public-statements/2019/10/dissenting-statement-commissioner-rohit-chopra-matter-your-therapy-source>. Respondent Neeraj Jindal was later indicted by the United States Department of Justice. Press Release, U.S. Dep't of Justice, Former Owner of Health Care Staffing Company Indicted for Wage Fixing (Dec. 10, 2020), <https://www.justice.gov/opa/pr/former-owner-health-care-staffing-company-indicted-wage-fixing>.*

<sup>362</sup> See, e.g., Press Release, Fed. Trade Comm'n, FTC and DOJ Release Guidance for Human Resource Professionals on How Antitrust Law Applies to Employee Hiring and Compensation (Oct. 20, 2016), <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2016/10/ftc-doj-release-guidance-human-resource-professionals-how>.

<sup>363</sup> *Under its status quo approach, the FTC does not seek civil penalties for this type of abuse. But this can change. In the short term, the Commission can deploy its Penalty Offense Authority to apprise market participants, using existing administrative orders, that it is a penalty offense to recruit workers based on false earnings claims. See Rohit Chopra & Samuel A.A. Levine, The Case for Resurrecting the FTC Act's Penalty Offense Authority (Oct. 29, 2020), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3721256](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3721256). The Commission can also codify existing precedent into a Restatement Rulemaking to trigger penalties and damages for this type of fraud. See Statement of Commissioner Rohit Chopra Regarding the Report to Congress on Protecting Older Consumers, Fed. Trade Comm'n File No. P1444400 (Oct. 19, 2020) <https://www.ftc.gov/public-statements/2020/10/statement-commissioner-rohit-chopra-regarding-report-congress-protecting>. Such a rule would impose no burden on market participants, while ensuring real deterrence for practices that undercut workers and competitors.*

## **COMPLAINT<sup>364</sup>**

The Federal Trade Commission, having reason to believe that Amazon.com, Inc., a corporation, and Amazon Logistics, Inc., a corporation (collectively, “Amazon” or “Respondents”), have violated the provisions of the Federal Trade Commission Act, and it appearing to the Commission that this proceeding is in the public interest, alleges:

1. Respondent Amazon.com, Inc. is a Delaware corporation with its principal office or place of business at 410 Terry Avenue North, Seattle, Washington, 98126.
2. Respondent Amazon Logistics, Inc. is a Delaware Corporation with its principal office or place of business at 410 Terry Avenue North, Seattle, Washington, 98126. Amazon Logistics, Inc. is a wholly owned subsidiary of Amazon.com, Inc.
3. Respondents advertise and sell products, using drivers to deliver them.
4. The acts and practices of Respondents alleged in this complaint have been in or affecting commerce, as “commerce” is defined in Section 4 of the Federal Trade Commission Act.

### ***Respondents’ Business Activities***

5. Amazon offers various products, including books, electronics, household goods, apparel, groceries, and other items that consumers purchase online through Amazon websites and smartphone applications.
6. In 2015, Amazon launched Amazon Flex, a service through which consumers can sign up as drivers to deliver products to Amazon customers. Amazon pays drivers for making deliveries, and for some deliveries, allows customers to tip their drivers.
7. Amazon consistently has represented both to Amazon Flex drivers and to customers that it will pass on 100% of tips to drivers. In fact, for a period of over two and a half years, without consumers’ permission, Amazon secretly used nearly a third of customer tips to subsidize its own pay to drivers.

---

*364 Sono state edulcorate le schermate/interfacce grafiche per come mostrate nell’app; parti mancanti indicate tra parentesi quadre [...].*

*Testo disponibile al sito: [https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/192\\_3123\\_-\\_amazon\\_flex\\_complaint\\_final\\_not\\_signed.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/192_3123_-_amazon_flex_complaint_final_not_signed.pdf)*

8. Amazon continued to divert drivers' tips during this time despite hundreds of driver complaints about the practice, critical media reports, and internal recognition that its conduct was a "reputation tinderbox." Through these practices, Amazon ultimately pocketed over \$61 million in tips meant for drivers.

### ***Amazon Flex***

9. In 2015, Amazon launched Amazon Flex, through which it hires drivers (also known as "delivery partners") to deliver products for Amazon. At various times relevant to this complaint, Amazon offered to pay drivers to deliver packages to customers of its various services, including Amazon.com, Prime Now (household items), AmazonFresh (groceries), and Amazon Restaurants (restaurant meals).
10. To qualify to be a driver for Amazon Flex, consumers must be over twenty-one years of age with a car and a valid driver's license. They also must install the Amazon Flex App (the "App") on their smartphones. Among other things, the App includes Amazon's terms of service for drivers and answers to frequently asked questions ("FAQs").
11. According to Amazon's terms of service, Amazon Flex drivers are treated as independent contractors who must pay for their own gas, insurance, vehicle repairs, and other expenses.

### ***Amazon's Representations to Prospective Drivers About Tips and Pay***

12. Through widely disseminated advertisements, websites, and the App, Amazon has represented that Amazon Flex drivers will receive 100% of customer tips.
13. For example, the FAQs in the Amazon Flex App answer the question "Will I receive tips?" by promising that drivers will receive 100% of their tips: for Prime Now, AmazonFresh, and store deliveries, the customer can choose to tip. You will receive 100% of the tips you earn while delivering with Amazon Flex.
14. An earlier version of the FAQs promised that Amazon "will pass to you 100% of tips you earn," as shown in the following screenshot from May 2018: [...]
15. Amazon's recruitment ads also promoted the benefits of tip-eligible deliveries, including quotes from drivers describing tips as one of the "best thing[s]" about "Instant Offers," one of the delivery options within Amazon Flex: [...]

16. When drivers enroll in Amazon Flex, they are required to accept terms of service that make similar representations about driver tips, promising that Amazon will pay drivers “service fees in the amounts indicated in the Amazon Flex app at the time of acceptance” and separately guaranteeing that drivers will receive 100% of their tips. Amazon’s original terms of service for Amazon Flex, for example, promised to “provide [drivers] with any tips you earn” (emphasis added):  
Depending on the location in which the Services are provided and the product or business to which the Services relate, Amazon’s customers may be able to provide a tip in connection with the fulfillment of their orders and Amazon will provide you with any tips you earn.  
Amazon’s current terms of service, effective September 22, 2016, promise that “Amazon will pass through any tips payable to you.”
17. In conjunction with its representations about drivers receiving 100% of customer tips, Amazon also regularly advertises on its website and in recruitment ads on platforms such as Google and Craigslist that Amazon Flex drivers will earn an hourly rate of \$18 to \$25.
18. The following is a typical recruitment ad for Amazon Flex promoting driver earnings of \$18 to \$25 per hour: [...]
19. Amazon’s FAQs on its website promoted the benefits of tip-eligible deliveries, noting that drivers could earn up to \$18-\$25 per hour delivering for Amazon, and could “make more” by making deliveries that are eligible for tips: [...]
20. Based on Amazon’s representations, drivers expect that they will earn the hourly rate Amazon promised plus 100% of customer tips.

### ***Amazon’s Specific Delivery Offers to Amazon Flex Drivers***

21. Once hired, Amazon Flex drivers can use the App to view and accept specific delivery gigs, known as “delivery blocks.” Each delivery block consists of a certain number of deliveries to be completed within a certain period of time, typically one to four hours. The App’s “Offers” screen displays the available delivery blocks, the duration of each block, and the payment offered to the driver for the block.
22. Amazon decides which delivery blocks are eligible for tips. At the outset of the Amazon Flex program, only Prime Now deliveries were eligible for tips, but Amazon expanded its tip-eligible deliveries over time to also include AmazonFresh

and Amazon Restaurants.

23. For deliveries that are not tip-eligible, Amazon offers drivers a flat rate.
24. For deliveries that are tip-eligible, Amazon offers drivers a range of payment to complete the delivery block. Amazon typically offers a range of \$18 to \$25 per hour, or multiples thereof, sometimes more in certain areas, and treats the bottom of this pay range as the guaranteed minimum payment the driver will receive for completing the delivery block.
25. For example, below is a representative screenshot of several delivery blocks Amazon offered: [...]  
In the above example, only the second delivery block is eligible for tips. The first block offers the driver \$76 for four hours. The second block offers the driver a range of \$38 to \$52 for two hours and, because that block is eligible for tips, displays the phrase "Includes tips" below the range.

### ***Amazon's Claims to Customers About Tips***

26. Apart from its representations to drivers, Amazon also assures customers who place orders for delivery through the Amazon Flex program that 100% of their tips will be passed on to drivers. When an Amazon customer places an order that is eligible for tips through an Amazon website or mobile application (for example, the Prime Now App), the customer encounters a screen displaying the order that includes a prepopulated tip for the driver.
27. An example of a screen displaying an order that includes a prepopulated tip for the driver is shown below: [...]
28. When customers click on the recommended tip amount, the next screen explains that "100% of tips are passed on to your courier." The screen also indicates that "Cash is not accepted upon delivery," thereby encouraging customers to leave tips through the App: [...]
29. Amazon experimented with different prepopulated tip percentages or amounts to determine which ones generate the highest tips. Amazon referred to this internally as its "Get More Tip\$ Project."

## ***Amazon Used Customer Tips to Subsidize its Payments to Drivers***

30. Contrary to Amazon's representations to its drivers and customers that it would provide drivers 100% of customer tips, Amazon used tens of millions of dollars in customer tips to subsidize its payments to drivers. Amazon concealed from drivers the amount that customers had tipped for their deliveries.
31. At the outset of the Amazon Flex program, from 2015 through late 2016, Amazon paid drivers at least \$18 per hour plus 100% of customer tips, as represented to drivers at the time of enrollment. During that period, Amazon also displayed to drivers the amount they had been tipped.
32. Beginning in late 2016, however, Amazon made changes to the program to reduce its costs. At that point, Amazon implemented what it called "variable base pay" for Amazon Flex drivers on a rolling basis in various locations across the country. Under the variable base pay approach, for over two and a half years, Amazon secretly reduced its own contribution to drivers' pay to an algorithmically set, internal "base rate" using data it collected about average tips in the area. The base rate varied by location and sometimes varied within the same market. But this algorithmically set "base rate" often was below the \$18-\$25 per hour range that Amazon had promised at the time of drivers' enrollment and in specific block offers.
33. Under this approach, rather than provide drivers 100% of tips in addition to the range it offered drivers in a delivery block, Amazon treated the bottom of the range as its guaranteed minimum payment and often used drivers' tips to meet that minimum. For example, for a one-hour block offering \$18-\$25, if Amazon's base rate in the particular location was \$12, and the customer left a \$6 tip for the driver, then Amazon paid the driver only \$12 and used the full customer tip of \$6 to reach its minimum payment of \$18 to the driver. In the App, Amazon then displayed driver earnings as the combined total of its base rate and any customer tip—it did not separately display to drivers the amount of any customer tip.
34. This practice contradicted Amazon's representation to drivers and consumers' expectations that drivers would receive 100% of customer tips on top of their offered pay. Through variable base pay, Amazon harmed both its drivers and its customers. Drivers received less than Amazon promised them for completing delivery blocks, and customers paid over \$61 million in tips meant for drivers that Amazon instead diverted to subsidize its own labor costs.

## ***Amazon's Efforts to Conceal its Unlawful Practices***

35. When it instituted variable base pay, Amazon decided not to seek drivers' consent or otherwise notify them that it was changing its compensation practices. Amazon did not inform drivers or the media about the changes. At the same time, Amazon also did not change the earnings claims it had been making to drivers since the inception of the Amazon Flex program, nor did it adjust its promises to customers or drivers that 100% of customer tips would be passed on to drivers.
36. In planning for the transition to variable base pay, Amazon discussed internally how to handle the change to variable base pay with drivers and "what level of detail about earnings to show" drivers. Amazon considered different versions of earnings display screens that showed or concealed the breakdown between Amazon's "base rate" and tips.
37. Ultimately, when it implemented variable base pay, Amazon decided to obscure from drivers that it was reducing their pay, and began reporting their earnings as a single lump sum that hid any distinction between customer tips and pay from Amazon. Based on the information Amazon provided, drivers could not tell whether Amazon had contributed its minimum for the delivery block or a lesser amount, nor could drivers tell the amount of any customer tip.
38. Amazon knew that its new compensation policies would reduce some drivers' earnings. Rather than seek to modify its terms of service with its drivers or inform them of the policy change, Amazon instead chose to conceal the change and to respond only to individual drivers who questioned their reduced compensation. As one Amazon employee explained it, the company "did not want to communicate any pricing changes to [drivers], so we are only 'reacting' to any questions." In fact, Amazon prepared canned responses to questions it anticipated receiving from drivers, including "Is Amazon taking our tips?" and "Why did I only receive the minimum payment?" Amazon's canned responses continued to reiterate that its "earnings commitment to delivery partners has not changed—delivery partners still earn \$18-25 per hour including 100% of customer tips," which only obscured that Amazon was diverting drivers' tips to its own use.
39. Although Amazon continued promising drivers 100% of their tips, some drivers suspected that Amazon was no longer making good on this promise. Following the implementation of variable base pay, Amazon received hundreds of complaints and inquiries from drivers expressing concern about reduced earnings and asking

whether Amazon was breaking its promise to pass through 100% of their tips.

40. Many drivers reported to Amazon that they were expecting to receive 100% of their tips in addition to the rate Amazon promised. For example, one driver asked “what happened to drivers receiving 100% of all tips?” Another driver asked for clarification because he “thought [drivers] were paid \$18-\$24/hr plus 100% of the tip,” and asked if drivers were “still getting paid \$18 per hour plus 100% of [their] tips.” Other complaints stated that “amazon [wa]s supposed to pay 18.00 minimum Base pay with 100% tips” and that drivers had “not been getting 100% of the tip.” Drivers also asked Amazon for breakdowns of tips and its own payout for each delivery, including one who said he expected “to make 100% of [his] money tips as amazon promised.” Drivers also questioned Amazon’s representations to customers, including one who pointed out that “amazon states 100% of that tip goes to the driver when in fact it sounds [sic] like the customer is paying the operating [sic] cost of a delivery for amazon and not a tip like they are told.”
41. In May 2018, a driver sent an email to Amazon with the subject line, “My tips not being given to me????” The driver complained that he was “supposed to get 100% of [his] tips,” but had not received a \$5 tip that a customer showed him in the App. The driver stated that he was “shocked” and “just felt cheated as also [his] friend did as a customer.” The driver added that the customer “said he would follow up with Amazon because he also felt cheated saying he did not leave a tip for Amazon that it was for me the driver.” The driver attached to his email a screenshot of Amazon’s FAQs stating that “Amazon will pass to you 100% of tips you earn.”
42. When drivers complained, Amazon sent them the canned email responses it had prepared. These canned emails stated that Amazon was providing drivers “100% of customer tips” and did not explain that Amazon had changed its practices by paying drivers less than promised and making up the difference with their tips.
43. After implementation of variable base pay, Amazon Flex drivers also posted complaints on social media about Amazon reducing their pay or “stealing” their tips. Amazon employees monitored and circulated these complaints internally.
44. Amazon employees also acknowledged internally that Amazon was using customer tips to subsidize its minimum payments to drivers, and that these subsidies were saving Amazon millions of dollars at the drivers’ expense. In August 2018 emails, Amazon employees referred to the issue as “a huge PR risk for Amazon” and warned of “an Amazon reputation tinderbox.”

45. In late 2018 and early 2019, news articles suggested that Amazon was secretly using customer tips to fund guaranteed payments to drivers. On February 5, 2019, a reporter emailed Amazon to ask whether it employed such a practice, explaining, “there’s a concern that it constitutes consumer fraud because the people leaving tips aren’t made aware that the tip will cover a guaranteed minimum payment, or that by leaving a tip, they could be lowering the fraction of that minimum payment that is covered by the company.” Amazon dodged the question, responding that “our pay commitment to delivery partners has not changed since we launched the Amazon Flex program – delivery partners still earn \$18–\$25 per hour, including 100% of tips – and on average drivers earn over \$20/hour.” Simultaneously, however, an Amazon employee acknowledged internally that the reporter was “definitely zero’ing [sic] in on the right question.”
46. Despite taking customer tips to subsidize its own advertised minimum pay in numerous markets, Amazon continued to misrepresent in its terms of service and FAQs that it would pass through 100% of tips to drivers. Amazon also continued to advertise the same pay range of \$18–\$25 on multiple platforms and the opportunity to “make more” through tip-eligible deliveries. And Amazon continued urging customers to “tip the courier” while assuring them that “100% of tips are passed on to your courier.”
47. Amazon continued these practices for over two and a half years despite hundreds of complaints from drivers, critical media reports, and internal recognition that it was misguiding consumers.

### ***Amazon’s Changes After Learning of the FTC’s Investigation***

48. Amazon changed its practices only after learning it was under investigation by the FTC. On May 23, 2019, the FTC issued a civil investigative demand (“CID”) to Amazon seeking information and records relating to Amazon Flex, including Amazon’s representation that Amazon Flex drivers receive 100% of their tips. The CID informed Amazon that the FTC was investigating whether Amazon had “deceived consumers regarding compensation of Amazon Flex Drivers, in violation of the FTC Act, 15 U.S.C. § 45, and whether Commission action to obtain monetary relief would be in the public interest.”
49. On August 22, 2019, Amazon announced to its current drivers an “Updated Earnings Experience,” which was similar to the original compensation program that had

been in effect from 2015 through late 2016 at the start of the Amazon Flex program. After the August 2019 announcement, Amazon began separately displaying in the App the amount it would pay drivers and the tips for each delivery block. According to Amazon, it now pays drivers the full amount offered in a delivery block and, separately, passes on customer tips. In announcing the change, Amazon stated that, "For deliveries that give customers the option to tip, you always receive 100% of the tips."

### ***Count I Deceptive - Tipping Claims***

50. In numerous instances in connection with the Amazon Flex delivery service, Respondents have represented, directly or indirectly, expressly or by implication, that Amazon would give drivers 100% of customer tips in addition to the pay Amazon offered.
51. In fact, in numerous instances in which Respondents have made this representation, Amazon has not given drivers 100% of customer tips in addition to the pay Amazon offered. Therefore, the representation is false or misleading.

### ***Violations of Section 5***

52. The acts and practices of Respondents as alleged in this complaint constitute unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce in violation of Section 5(a) of the Federal Trade Commission Act.

## **Amazon To Pay \$61.7 Million to Settle FTC Charges It Withheld Some Customer Tips from Amazon Flex Drivers<sup>364</sup>**

*Settlement prohibits Amazon from misrepresenting driver earnings, pay or percent of tips paid to drivers, changing its handling of tips without drivers' consent*

*February 2, 2021*

Amazon will pay more than \$61.7 million to settle Federal Trade Commission charges that it failed to pay Amazon Flex drivers the full amount of tips they received from Amazon customers over a two and a half year period. The FTC's complaint alleges that the company stopped its behavior only after becoming aware of the FTC's investigation in 2019.

The \$61.7 million represents the full amount that Amazon allegedly withheld from drivers and will be used by the FTC to compensate drivers.

According to the FTC's administrative complaint against Amazon and its subsidiary, Amazon Logistics, the company regularly advertised that drivers participating in the Flex program would be paid \$18–25 per hour for their work making deliveries to customers. The ads, along with numerous other documents provided to Flex drivers, also prominently featured statements such as: "You will receive 100% of the tips you earn while delivering with Amazon Flex."

"Rather than passing along 100 percent of customers' tips to drivers, as it had promised to do, Amazon used the money itself," said Daniel Kaufman, Acting Director of the FTC's Bureau of Consumer Protection. "Our action today returns to drivers the tens of millions of dollars in tips that Amazon misappropriated, and requires Amazon to get drivers' permission before changing its treatment of tips in the future."

Amazon Flex is a program in which drivers, classified by Amazon as independent contractors, can agree to make deliveries using their personal vehicles. Flex drivers deliver goods and groceries ordered through the Prime Now and AmazonFresh programs, which allow customers to give the drivers a tip.

---

<sup>365</sup> Testo disponibile al sito: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2021/02/amazon-pay-617-million-settle-ftc-charges-it-withheld-some-customer-tips-amazon-flex-drivers>

The FTC's complaint alleges that, in addition to telling drivers they would receive 100 percent of their tips, Amazon also assured its customers that 100 percent of any tips they paid would go to the driver.

In late 2016, the FTC alleges, Amazon shifted from paying drivers the promised rate of \$18–25 per hour plus the full amount of customer tips to paying drivers a lower hourly rate, a shift that it did not disclose to drivers. Amazon used the customer tips to make up the difference between the new lower hourly rate and the promised rate. This resulted in drivers' being shorted more than \$61.7 million in tips.

The FTC alleges that the company then intentionally failed to notify drivers of the changes to its pay plan and even took steps to make the changes obscure to drivers, with one employee reporting to colleagues that Amazon "did not want to communicate any pricing changes to [drivers], so we are only 'reacting' to any questions." After making the change, the company continued to promise drivers and customers that 100 percent of tips would be passed through to drivers.

Amazon received hundreds of complaints from drivers after enacting the change, as drivers became suspicious when their overall earnings decreased. Drivers who complained received form e-mails falsely claiming that Amazon was continuing to pay drivers 100 percent of tips. Internally, Amazon employees referred to the company's handling of the change and driver complaints about it as an "Amazon reputation tinderbox" and "a huge PR risk to Amazon."

According to the FTC's complaint, Amazon continued using the new pricing model despite complaints from drivers and negative media coverage until August 2019—after the company received notice of the FTC's investigation. At that time, Amazon returned to a pay model where it pays drivers an identified base amount plus 100 percent of tips and gives the drivers a breakdown of their pay and tips.

Under the terms of the settlement with the FTC, Amazon will be required to pay \$61,710,583, which will be used by the FTC to compensate Flex drivers. In addition, Amazon will be prohibited from misrepresenting any driver's likely income or rate of pay, how much of their tips will be paid to them, as well as whether the amount paid by a customer is a tip.

Amazon also will be prohibited from making any changes to how a driver's tips are used as compensation without first obtaining the driver's express informed consent.

Amazon drivers can sign up for email updates on the status of the refund process in the case here: [https://public.govdelivery.com/accounts/USFTC/subscriber/new?topic\\_id=USFTC\\_155](https://public.govdelivery.com/accounts/USFTC/subscriber/new?topic_id=USFTC_155)

The Commission vote to issue the administrative complaint and to accept the consent agreement was 4-0. Commissioner Noah Joshua Phillips and Acting Chairwoman Rebecca Kelly Slaughter issued a joint statement, and Commissioner Rohit Chopra issued a statement.

The FTC will publish a description of the consent agreement package in the Federal Register soon. The agreement will be subject to public comment for 30 days after which the Commission will decide whether to make the proposed consent order final. Instructions for filing comments appear in the published notice. Comments must be received 30 days after publication in the Federal Register. Once processed, comments will be posted on regulations.gov.

**NOTE:** *The Commission issues an administrative complaint when it has “reason to believe” that the law has been or is being violated, and it appears to the Commission that a proceeding is in the public interest. When the Commission issues a consent order on a final basis, it carries the force of law with respect to future actions. Each violation of such an order may result in a civil penalty of up to \$43,792.*

## **AGREEMENT CONTAINING CONSENT ORDER<sup>366</sup>**

The Federal Trade Commission (“Commission”) has conducted an investigation of certain acts and practices of Amazon.com, Inc. and Amazon Logistics, Inc. (“Proposed Respondents”). The Commission’s Bureau of Consumer Protection (“BCP”) has prepared a draft of an administrative Complaint (“draft Complaint”). BCP and Proposed Respondents, individually or through their duly authorized officers, enter into this Agreement Containing Consent Order (“Consent Agreement”) to resolve the allegations in the attached draft Complaint through a proposed Decision and Order to present to the Commission, which is also attached and made a part of this Consent Agreement.

**IT IS HEREBY AGREED** by and between Proposed Respondents and BCP, that:

1. The Proposed Respondents are:
  - i. Proposed Respondent Amazon.com, Inc., a Delaware corporation with its principal office or place of business at 410 Terry Avenue North, Seattle, Washington, 98126.
  - ii. Proposed Respondent Amazon Logistics, Inc., a Delaware corporation with its principal office or place of business at 410 Terry Avenue North, Seattle, Washington, 98126. Amazon Logistics, Inc. is a wholly owned subsidiary of Amazon.com, Inc.
2. Proposed Respondents neither admit nor deny any of the allegations in the Complaint, except as specifically stated in the Decision and Order. Only for purposes of this action, Proposed Respondents admit the facts necessary to establish jurisdiction.
3. Proposed Respondents waive:
  - i. Any further procedural steps;
  - ii. The requirement that the Commission’s Decision contain a statement of findings of fact and conclusions of law; and

---

<sup>366</sup> Testo disponibile al sito: [https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/amazon\\_flex\\_order\\_with\\_no\\_signatures.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/amazon_flex_order_with_no_signatures.pdf)

- iii. All rights to seek judicial review or otherwise to challenge or contest the validity of the Decision and Order issued pursuant to this Consent Agreement.
4. This Consent Agreement will not become part of the public record of the proceeding unless and until it is accepted by the Commission. If the Commission accepts this Consent Agreement, it, together with the draft Complaint, will be placed on the public record for 30 days and information about them publicly released. Acceptance does not constitute final approval, but it serves as the basis for further actions leading to final disposition of the matter. Thereafter, the Commission may either withdraw its acceptance of this Consent Agreement and so notify each Proposed Respondent, in which event the Commission will take such action as it may consider appropriate, or issue and serve its Complaint (in such form as the circumstances may require) and decision in disposition of the proceeding, which may include an Order. See Section 2.34 of the Commission's Rules, 16 C.F.R. § 2.34 ("Rule 2.34").
  5. If this agreement is accepted by the Commission, and if such acceptance is not subsequently withdrawn by the Commission pursuant to Rule 2.34, the Commission may, without further notice to Proposed Respondents: (1) issue its Complaint corresponding in form and substance with the attached draft Complaint and its Decision and Order; and (2) make information about them public. Proposed Respondents agree that service of the Order may be effected by its publication on the Commission's website (ftc.gov), at which time the Order will become final. See Rule 2.32(d). Proposed Respondents waive any rights they may have to any other manner of service. See Rule 4.4.
  6. When final, the Decision and Order will have the same force and effect and may be altered, modified, or set aside in the same manner and within the same time provided by statute for other Commission orders.
  7. The Complaint may be used in construing the terms of the Decision and Order. No agreement, understanding, representation, or interpretation not contained in the Decision and Order or in this Consent Agreement may be used to vary or contradict the terms of the Decision and Order.
  8. Each Proposed Respondent agrees to comply with the terms of the proposed Decision and Order from the date that Proposed Respondent signs this Consent Agreement. Proposed Respondents understand that they may be liable for civil penalties and other relief for each violation of the Decision and Order after it becomes final.

## **DECISION**

The Federal Trade Commission (“Commission”) initiated an investigation of certain acts and practices of the Respondents named in the caption. The Commission’s Bureau of Consumer Protection (“BCP”) prepared and furnished to Respondents a draft Complaint. BCP proposed to present the draft Complaint to the Commission for its consideration. If issued by the Commission, the draft Complaint would charge the Respondents with violations of the Federal Trade Commission Act.

Respondents and BCP thereafter executed an Agreement Containing Consent Order (“Consent Agreement”). The Consent Agreement includes: 1) statements by Respondents that they neither admit nor deny any of the allegations in the Complaint, except as specifically stated in this Decision and Order, and that only for purposes of this action, they admit the facts necessary to establish jurisdiction; and 2) waivers and other provisions as required by the Commission’s Rules.

The Commission considered the matter and determined that it had reason to believe that Respondents have violated the Federal Trade Commission Act, and that a Complaint should issue stating its charges in that respect. The Commission accepted the executed Consent Agreement and placed it on the public record for a period of 30 days for the receipt and consideration of public comments. The Commission duly considered any comments received from interested persons pursuant to Section 2.34 of its Rules, 16 C.F.R. § 2.34. Now, in further conformity with the procedure prescribed in Rule 2.34, the Commission issues its Complaint, makes the following Findings, and issues the following Order:

### **Findings**

1. The Respondents are:
  - i. Respondent Amazon.com, Inc., a Delaware corporation with its principal office or place of business at 410 Terry Avenue North, Seattle, Washington, 98126.
  - ii. Respondent Amazon Logistics, Inc., a Delaware corporation with its principal office or place of business at 410 Terry Avenue North, Seattle, Washington, 98126. Amazon Logistics, Inc. is a wholly owned subsidiary of Amazon.com, Inc.

2. The Commission has jurisdiction over the subject matter of this proceeding and over the Respondents, and the proceeding is in the public interest.

## **ORDER**

### **Definitions**

For purposes of this Order, the following definitions apply:

1. "Respondents" means Amazon.com, Inc., and Amazon Logistics.com, Inc., and their successors and assigns, individually or collectively, or in any combination.
2. "Driver" means someone, regardless of employment status with Respondents, who provides delivery services by accepting individual offers to make a single delivery or set of deliveries to Respondents' customers.

### **Provisions**

#### **1. Prohibited Misrepresentations**

**IT IS ORDERED** that Respondents, and Respondents' officers, agents, employees, and attorneys, and all other persons in active concert or participation with any of them, who receive actual notice of this Order, whether acting directly or indirectly, in connection with any delivery program or service using Drivers, must not misrepresent, expressly or by implication:

- A. The income a Driver is likely to earn;
- B. The amount Respondents will pay Drivers;
- C. That Respondents will give Drivers customer tips in addition to Respondents' contribution to Drivers' earnings;
- D. The percentage or amount of any customer tip a Driver will receive; or
- E. That any amount customers pay is a tip.

## ***II. Prohibition Against Unauthorized Use of Tips***

**IT IS FURTHER ORDERED** that Respondents, Respondents' officers, agents, employees, and attorneys, and all other persons in active concert or participation with any of them, who receive actual notice of this Order, whether acting directly or indirectly, in connection with any delivery program or service using Drivers, must not change the extent to which they use a Driver's tips toward the Respondents' contribution to the Driver's earnings without first obtaining express informed consent from the Driver.

## ***III. Monetary Relief***

**IT IS FURTHER ORDERED** that:

A. Respondents must pay to the Commission \$61,710,583, which Respondents stipulate their undersigned counsel holds in escrow for no purpose other than payment to the Commission.

B. Such payment must be made within 8 days of the effective date of this Order by electronic fund transfer in accordance with instructions provided by a representative of the Commission.

C. Respondents relinquish dominion and all legal and equitable right, title, and interest in all assets transferred pursuant to this Order and may not seek the return of any assets.

D. The facts alleged in the Complaint will be taken as true, without further proof, in any subsequent civil litigation by or on behalf of the Commission to enforce its rights to any payment pursuant to this Order, such as a non dischargeability complaint in any bankruptcy case.

E. The facts alleged in the Complaint establish all elements necessary to sustain an action by or on behalf of the Commission pursuant to Section 523(a)(2)(A) of the Bankruptcy Code, 11 U.S.C. § 523(a)(2)(A), and this Order will have collateral estoppel effect for such purposes.

F. All money paid to the Commission pursuant to this Order may be deposited into a fund administered by the Commission or its designee to be used for relief, including consumer redress and any attendant expenses for the administration of any

redress fund. If a representative of the Commission decides that direct redress to consumers is wholly or partially impracticable or money remains after redress is completed, the Commission may apply any remaining money for such other relief (including consumer information remedies) as it determines to be reasonably related to Respondents' practices alleged in the Complaint. Any money not used is to be deposited to the U.S. Treasury.

- a. Respondents have no right to challenge any activities pursuant to this Provision.

#### ***IV. Driver Information***

**IT IS FURTHER ORDERED** that Respondents must directly or indirectly provide sufficient Driver information to enable the Commission to efficiently administer consumer redress to Drivers. Respondents represent that they have provided this redress information to the Commission. If a representative of the Commission requests in writing any information related to redress, Respondents must provide it, in the form prescribed by the Commission representative, within 14 days.

#### ***V. Acknowledgments of the Order***

**IT IS FURTHER ORDERED** that Respondents obtain acknowledgments of receipt of this Order:

- A. Each Respondent, within 10 days after the effective date of this Order, must submit to the Commission an acknowledgment of receipt of this Order sworn under penalty of perjury.
- B. For 3 years after the issuance date of this Order, each Respondent must deliver a copy of this Order to: (1) all principals, officers, directors, and LLC managers and members of Respondents; (2) all employees, agents, and representatives of Respondents managing conduct related to the subject matter of this Order; and (3) any business entity resulting from any change in structure as set forth in the Provision titled Compliance Reports and Notices. Delivery must occur within 10 days after the effective date of this Order for current personnel. For all others, delivery must occur before they assume their responsibilities.

C. From each individual or entity to which Respondent delivered a copy of this Order, Respondent must obtain, within 30 days, a signed and dated acknowledgment of receipt of this Order.

## **VI. Compliance Reports and Notices**

**IT IS FURTHER ORDERED** that Respondents make timely submissions to the Commission:

A. One year after the issuance date of this Order, each Respondent must submit a compliance report, sworn under penalty of perjury, in which each Respondent must:

1. identify the primary physical, postal, and email address and telephone number, as designated points of contact, which representatives of the Commission, may use to communicate with Respondent;
2. identify all of that Respondent's businesses that could violate this Order by all of their names, telephone numbers, and physical, postal, email, and Internet addresses;
3. describe the activities of each business, including changes to and representations about Drivers' tips or compensation, the means of advertising, marketing, and sales, and the involvement of any other Respondent;
4. describe in detail whether and how that Respondent is in compliance with each Provision of this Order; and
5. provide a copy of each Acknowledgment of the Order obtained pursuant to this Order, unless previously submitted to the Commission.

B. For 10 years after the issuance date of this Order, each Respondent must submit a compliance notice, sworn under penalty of perjury, within 14 days of any change in the following:

1. any designated point of contact; or
2. the structure of any Respondent or any entity that Respondent has any ownership

interest in or controls directly or indirectly that may affect compliance obligations arising under this Order, including: creation, merger, sale, or dissolution of the entity or any subsidiary, parent, or affiliate that engages in any acts or practices subject to this Order.

C. Each Respondent must submit notice of the filing of any bankruptcy petition, insolvency proceeding, or similar proceeding by or against such Respondent within 14 days of its filing.

D. Any submission to the Commission required by this Order to be sworn under penalty of perjury must be true and accurate and comply with 28 U.S.C. § 1746, such as by concluding: “I declare under penalty of perjury under the laws of the United States of America that the foregoing is true and correct. Executed on: \_\_\_\_\_” and supplying the date, signatory’s full name, title (if applicable), and signature.

E. Unless otherwise directed by a Commission representative in writing, all submissions to the Commission pursuant to this Order must be emailed to DEbrief@ftc.gov or sent by overnight courier (not the U.S. Postal Service) to: Associate Director for Enforcement, Bureau of Consumer Protection, Federal Trade Commission, 600 Pennsylvania Avenue NW, Washington, DC 20580. The subject line must begin: “In re Amazon.com, Inc., FTC File No. 1923123.”

## ***VII. Recordkeeping***

**IT IS FURTHER ORDERED** that Respondents must create certain records for 10 years after the issuance date of the Order, and retain each such record for 5 years. Specifically, each Respondent, in connection with any delivery program or service using Drivers, must create and retain the following records:

- A. accounting records showing the revenues from all goods or services sold;
- B. personnel records showing, for each Driver and each person who participates in conduct related to the subject matter of the Order, whether as an employee or otherwise, that person’s: name; addresses; telephone numbers; job title or position; dates of service; and (if applicable) the reason for termination;
- C. records of all consumer complaints related to Drivers’ tips or earnings, whether received directly or indirectly, such as through a third party, and any response;

D. all records necessary to demonstrate full compliance with each provision of this Order, including all submissions to the Commission; and

E. a copy of each unique advertisement or other marketing material concerning the subject matter of this Order.

### **VIII. Compliance Monitoring**

**IT IS FURTHER ORDERED** that, for the purpose of monitoring Respondents' compliance with this Order:

A. Within 10 days of receipt of a written request from a representative of the Commission, each Respondent must: submit additional compliance reports or other requested information, which must be sworn under penalty of perjury, and produce records for inspection and copying.

B. For matters concerning this Order, representatives of the Commission are authorized to communicate directly with each Respondent. Respondents must permit representatives of the Commission to interview anyone affiliated with any Respondent who has agreed to such an interview. The interviewee may have counsel present.

C. The Commission may use all other lawful means, including posing through its representatives as consumers, suppliers, or other individuals or entities, to Respondents or any individual or entity affiliated with Respondents, without the necessity of identification or prior notice. Nothing in this Order limits the Commission's lawful use of compulsory process, pursuant to Sections 9 and 20 of the FTC Act, 15 U.S.C. §§ 49, 57b-1.

### **IX. Order Effective Dates**

**IT IS FURTHER ORDERED** that this Order is final and effective upon the date of its publication on the Commission's website (ftc.gov) as a final order. This Order will terminate 20 years from the date of its issuance (which date may be stated at the end of this Order, near the Commission's seal), or 20 years from the most recent date that the United States or the Commission files a complaint (with or without an accompanying settlement) in federal court alleging any violation of this Order, whichever comes later; *provided, however*, that the filing of such a complaint will not affect the duration of:

A. Any Provision in this Order that terminates in less than 20 years;

B. This Order's application to any Respondent that is not named as a defendant in such complaint; and

C. This Order if such complaint is filed after the Order has terminated pursuant to this Provision.

*Provided, further,* that if such complaint is dismissed or a federal court rules that the Respondent did not violate any provision of the Order, and the dismissal or ruling is either not appealed or upheld on appeal, then the Order will terminate according to this Provision as though the complaint had never been filed, except that the Order will not terminate between the date such complaint is filed and the later of the deadline for appealing such dismissal or ruling and the date such dismissal or ruling is upheld on appeal.

## **Il coordinamento tra autorità antitrust e del lavoro**

### **Memorandum of understanding between the federal trade commission (FTC) and the national labor relations board (NLRB) regarding information sharing, cross-agency training, and outreach in areas of common regulatory interest<sup>366</sup>**

The FTC and NLRB share an interest in protecting American workers and promoting fair competition in labor markets. To better root out practices that harm workers in the “gig economy” and other labor markets, to enhance the enforcement of federal laws and regulations administered by the agencies, and to promote interagency collaboration through information sharing, cross-agency training, and coordinated outreach, the FTC and NLRB enter this Memorandum of Understanding (“MOU”):

1. The FTC enforces the Federal Trade Commission Act (“FTC Act”), 15 U.S.C. § 41 et seq., and other laws and regulations that prohibit, among other things, unfair methods of competition and unfair or deceptive acts or practices. The FTC aims to prevent anticompetitive, deceptive, and unfair business practices through effective law enforcement, advocacy, and education.
2. The NLRB enforces the National Labor Relations Act (“NLRA”), 29 U.S.C. § 151 et seq., which guarantees the rights of employees to join together to improve their wages and working conditions, to organize a union and bargain collectively, and to engage in other protected concerted activity. It prohibits, as unfair labor practices, discrimination or retaliation based upon employees’ engagement in these activities or choice to refrain from them. The NLRB’s primary functions are to prevent and remedy unfair labor practices and to conduct elections among employees to determine whether they wish to be represented by a labor organization.
3. **The FTC and the NLRB (each individually a “Party” and collectively, “the Parties”) recognize that continued and enhanced coordination and cooperation concerning issues of common regulatory interest will help to protect workers against unfair methods of competition, unfair or deceptive acts or practices, and unfair labor practices. Issues of common regulatory interest include labor market developments relating to the “gig economy” and other alternative work**

---

<sup>366</sup> Testo disponibile al sito: [https://www.ftc.gov/system/files/ftc\\_gov/pdf/ftcnlrb%20mou%2071922.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/ftcnlrb%20mou%2071922.pdf)

**arrangements; claims and disclosures about earnings and costs associated with gig and other work; the imposition of one-sided and restrictive contract provisions, such as noncompete and nondisclosure provisions; the extent and impact of labor market concentration; the impact of algorithmic decision-making on workers; the ability of workers to act collectively; and the classification and treatment of workers.** [*testo evidenziato dai curatori*]

4. Accordingly, the Parties enter into this MOU to facilitate (a) information sharing and cross-agency consultations on an ad hoc basis for official law enforcement purposes, in a manner consistent with and permitted by the laws and regulations that govern the Parties, (b) cross-agency training to educate each Party about the laws and regulations enforced by the other Party, and (c) coordinated outreach and education as appropriate.
5. This MOU does not create legally binding obligations on the Parties and does not create any right enforceable against the Parties or any of their officers or employees or any other person. This MOU also does not confer upon any third party any right and specifically does not confer on any third party the ability directly or indirectly to obtain, suppress, or exclude any information shared pursuant to this MOU, or to challenge a request under this MOU. Nothing in this MOU modifies each Party's ability, responsibility, or obligation to comply with or enforce the laws and regulations within its jurisdiction.
6. The FTC designates the Director of its Office of Policy Planning, or their designee, as the point of contact for matters related to coordination and cooperation pursuant to this MOU. For all other matters related to the interpretation or application of this MOU, the FTC designates its General Counsel, or their designee, as its point of contact.
7. The NLRB designates its Associate General Counsel in the Division of Operations-Management, or their designee, as the point of contact for matters related to coordination and cooperation pursuant to this MOU. For all other matters related to the interpretation or application of this MOU, the NLRB designates its Associate General Counsel in the Division of Legal Counsel or their designee, as its point of contact.
8. For purposes of this MOU, "Nonpublic Information" means all information in any format (including written, oral, or electronic) shared pursuant to this MOU unless the Providing Party expressly consents or designates the information as publicly

available. Information shared by a Party under this MOU may be marked as Controlled Unclassified Information (“CUI”) in accordance with 32 C.F.R. Part 2002. The Parties shall handle information marked as CUI in accordance with Executive Order 13556 (Nov. 4, 2010), 32 C.F.R. Part 2002, and the CUI Registry (CUI Categories | National Archives).

9. The Parties may provide each other such Nonpublic Information concerning issues of common regulatory interest on an ad hoc basis, where this is consistent with applicable authorities, complies with statutory and regulatory requirements, and as otherwise appropriate. Nothing in this MOU shall be deemed to waive or alter any existing statutory or regulatory requirements governing the disclosure of Nonpublic Information. Each Party will maintain such Nonpublic Information in a manner that conforms to the standards that apply to federal Parties for the protection of the confidentiality of Nonpublic Information and personally identifiable information and for data security and integrity, including the Privacy Act of 1974, 5 U.S.C. § 552a; the Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552; the Federal Records Act, 44 U.S.C. § 3101 *et seq.*; the Federal Information Security Modernization Act of 2014 (FISMA), 44 U.S.C. Chapter 35; Sections 6(f) and 21 of the FTC Act, 15 U.S.C. §§ 46(f) and 57b-2; Section 7A of the Clayton Act, 15 U.S.C. § 18a; FTC Rules 4.9-4.11, 16 C.F.R. §§ 4.9-4.11; and NLRB regulations, including 29 C.F.R. § 102.118 and 29 C.F.R. § 102.119.
10. Unless applicable law requires otherwise, the Parties shall take all actions reasonably necessary to preserve, protect, and maintain all privileges, protections, and claims of confidentiality related to all Nonpublic Information provided pursuant to this MOU. The Party receiving information (“Receiving Party”) shall not disclose to any third party that it has received information from the other Party (“Providing Party”) except with written permission from the Providing Party. Nothing in this MOU, including the sharing of Nonpublic Information pursuant to this MOU, will constitute public disclosure of Nonpublic Information (within the meaning of the Freedom of Information Act, 5 U.S.C § 552, or otherwise), a waiver of confidentiality, or alteration of any claim of confidentiality; a waiver of any applicable privileges or protections (e.g., deliberative process, law enforcement, or common interest privileges or the work product doctrine); or a waiver of any other protection applicable to Nonpublic Information provided pursuant to this MOU. Neither Party is authorized to waive confidentiality or privileges on behalf of the other Party, nor shall any waiver of confidentiality or applicable privilege by one Party be construed to apply to the other Party. All Nonpublic Information provided or received pursuant to this MOU shall be used only for official law enforcement purposes.

11. In the event a third party makes a request (including any demand, request for production, interrogatory, request for admission, subpoena, court order, or request pursuant to the Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552) for access to or copies of Nonpublic Information received by the Receiving Party from the Providing Party, unless otherwise prohibited by law, the Receiving Party shall:
12. For Freedom of Information Act requests made by a third party for such Nonpublic Information, refer requests for the Providing Party's records to the Providing Party for response. Each Party represents that it:
  - i. Maintains reasonable and appropriate safeguards to ensure the continuous protection of Nonpublic Information provided under this MOU;
  - ii. Has an incident response and breach notification plan and procedures as required by Federal law, 44 U.S.C. § 3544(b)(7), and implementing guidance, OMB Memorandum M-17-12; and
  - iii. Will, in accordance with such law and guidance, promptly notify and coordinate with the other Party upon discovery of any breach or other suspected or confirmed incident potentially affecting the confidentiality and, if applicable, privacy of such Nonpublic Information.
13. For other such third-party requests:
  - i. Promptly give written notification to the Providing Party of the third-party request for such information;
  - ii. Before responding to or complying with the third-party request, give the Providing Party a reasonable opportunity lawfully to object or otherwise prevent disclosure to the third party, and consent to an application by the Providing Party to intervene in any related action for purposes of protecting the Providing Party's interests; and
  - iii. Refrain from disclosing such information to the third party except as otherwise provided herein, or otherwise from making such information public without prior written approval of the Providing Party.
14. Notwithstanding the confidentiality provisions set forth in the paragraphs above, nothing in this MOU shall prevent the Parties from complying with an order of a

court of the United States or an official request from either House, or a committee or subcommittee, of the United States Congress.

15. The Parties shall conduct all cross-agency consultations and training in compliance with and as permitted by the laws and regulations that govern the Parties, individually and collectively, including, as applicable in each case: (a) if conducted (i) on a non-reimbursable basis, pursuant to and in compliance with, as appropriate, 31 U.S.C. § 1301 (Appropriations restriction) and 31 U.S.C. §§ 1341, 1342, 1517(a) (Antideficiency Act); or (ii) on a reimbursable basis, pursuant to the Economy Act, 31 U.S.C. § 1535, and all related regulations and legal authority, as applicable; and (b) pursuant to any agency-specific regulations and procedures as required.
16. Nothing in this MOU is intended to prevent a Party from seeking assistance from or providing assistance to the other Party pursuant to other agreements, arrangements, or practices.
17. This MOU shall become effective as of the date of its signing, shall remain in effect unless terminated by either Party, and may be revised or modified by mutual written agreement of the Parties or as required by changes in relevant laws or other requirements. The Party terminating, or recommending the revision or modification of, this MOU shall notify the other Party in writing at least 30 days before the date the notifying Party wishes the termination, revision, or modification of the MOU, as applicable, to become effective. EFFECTIVE this 19th day of July 2022.

# Postfazione. Un *Quaderno* utile per l'auto-analisi del giuslavorista

di Luca Nogler<sup>368</sup>

1. I materiali contenuti in questo *Quaderno* – su tutti, il saggio interdisciplinare scritto a sei mani da Suresh Naidu, Eric A. Posner e Glen Weyl – possono interessare a tutti gli studiosi dei mercati del lavoro, qualsiasi sia il loro specifico angolo di visuale disciplinare. Anche un giuslavorista, come è il sottoscritto, benché comparatista, può trarre profitto dalla lettura di questo agile libretto perché può aiutarlo a prestare attenzione a profili che prima ingiustamente trascurava. Sicuramente egli non è abituato a trovare, e prima ancora a cercare, le regole decisorie che riguardano la sua disciplina in un *executive order* presidenziale<sup>369</sup> che è interamente orientato alla normativa pro-concorrenziale ed antitrust. Avviene laddove l'EO sollecita il Procuratore Generale e la *Federal Trade Commission* a mettere all'ordine del giorno la riforma dell'*Antitrust Guidance for Human Resource Professionals* del 2016 e quindi le *pro-monopoly policies* che risalgono sia alla Presidenza Reagan che a quella Clinton; basti ricordare l'abolizione del *Glass-Steagall Act* ed i *prime contractors* selezionati dal Ministero della Difesa che passarono da trecento a cinque. Ex post sappiamo che quelle presidenze furono accecate da una visione troppo utopistica di una singola *world-spanning community*. In modo ancor più incisivo l'EO, che al centro di questo libretto, avvia l'implementazione di regole preventive – in cui conta la violazione dell'obbligo e non la dimostrazione del *market abuse* – pro-concorrenziali. Esso obbliga, infatti, il presidente della FTC a disciplinare l'"abuso degli accordi di non concorrenza" e delle altre clausole che limitano la mobilità occupazionale. A tal proposito è significativo che in una realtà di mercato in cui si è assistito ad un'accelerazione delle concentrazioni le suddette autorità non abbiano ancora sviluppato metodologie per misurarne gli ipotetici effetti anti-competitivi sui *labor markets*.

Lo stupore di un giuslavorista dinanzi all'invocazione del diritto *regolatorio* in funzione di protezione dei lavoratori, aumenta sensibilmente se egli è uno studioso di cose

---

368 Luca Nogler è professore ordinario di diritto del lavoro presso la facoltà di giurisprudenza dell'Università di Trento, via Verdi 53, 38122, Trento. E-mail: luca.nogler@unitn.it

369 Quanto poco si possa fare affidamento sul Congresso lo dimostra il fatto che il livello della retribuzione oraria minima è ferma dal 2009 a 7,25 dollari. Per il momento è fallito il tentativo di aumentare il salario minimo prescritto dalla legislazione federale a 15 dollari l'ora, grande promessa (ancora?) non mantenuta del partito democratico.

italiane che ragiona sui patti di non concorrenza prendendo le mosse da una norma, l'articolo 2125, che è inserita nel libro sul lavoro del codice civile. Il nostro codice civile del 1942 fu redatto da una generazione di civilisti di ineguagliabile competenza. Basti rammentare, sempre in relazione al tema trattato in questo *Quaderno*, l'articolo 2126 che prescrive regole minime di concorrenza in ordine al trattamento dei lavoratori (pensiamo ai lavoratori clandestini) anche in caso di nullità del contratto individuale di lavoro per illiceità della causa.

Accenno a questi profili perché il lettore deve accostare i materiali contenuti in questo *Quaderno* tenendo a mente le tipiche precauzioni che vengono illustrate in qualsiasi buon manuale di diritto comparato, compreso i noti limiti che caratterizzano i cd. *legal transplants*. Molto banalmente segnalo che vietare la creazione o l'accrescimento del *monopoly power*, come si fa negli Stati Uniti, è diverso dall'interdire l'abuso della posizione dominante, come è invece chiamata a fare la nostra *authority*. Si deve, a tal proposito, tener in massimo conto che non esiste un modello unitario di Autorità garante della concorrenza. Quello delle *agencies* statunitensi ne rappresenta un tipo che non ha sostanzialmente eguali nello stesso mondo occidentale perché è giustificato «da una implicita delega da parte del legislatore alle autorità, cui viene rimessa la decisione di tutti i casi compresi nelle materie di loro competenza, sui cui il legislatore non si è espressamente pronunciato indicandone una precisa soluzione»<sup>370</sup>.

Veniamo al punto di vista del giuslavorista. Il grande teorico weimariano dell'autodeterminazione collettiva delle condizioni di lavoro Hugo Sinzheimer, al quale si richiama di continuo Gino Giugni, non si stancava di ripetere che le regole in tema di mercati del lavoro debbono fare i conti con la loro – maggiore rispetto alle altre regole di diritto privato – difficoltà di essere effettive. Mi è venuto in mente leggendo la cruda constatazione di Naidu, Posner e Weyl: «dopo anni di controlli inefficaci, molti mercati del lavoro sono oramai concentrati». Nascendo in opposizione alla logica mercantile del semplice calcolo dei costi-benefici monetari immediati, le norme che compongono il diritto del lavoro sono soggette, rispetto ad altre prescrizioni di diritto privato, a forze più resistenti che possono spingere nell'indesiderata direzione del loro rigetto da parte del tessuto produttivo, il quale in molti casi è restio ad adottare quale regola della concorrenza di fatto le *efficiency wage theories*. Di qui la necessità di sviluppare quella che Sinzheimer stesso chiamava la *legislative Rechtswissenschaft* e cioè l'attitudine a ragionare, non solo su come le norme devono essere applicate, ma anche a monte su quali siano i loro contenuti e contenitori prescrittivi più idonei a divenire – e solo qui siamo sul piano del reale – effettivi o efficaci (*workable*). Nel 1928, Sinzheimer

---

370 Chieppa, 2006, 4.

respinse, ad esempio, con forza al congresso annuale dei giuristi tedeschi a Salisburgo la tesi del suo amico Gustav Radbruch di far ricorso, per l'effettività del diritto del lavoro, al diritto penale perché quest'ultimo in mano alla magistratura politicizzata del periodo della Repubblica di Weimar avrebbe sicuramente generato perniciosi (s'intende: per i lavoratori) effetti inintenzionali.

Orbene, questa congenita predisposizione del giuslavorista a ragionare intorno alla politica del diritto del lavoro sembra essersi alle nostre latitudini assopita per via della generale – ma ormai aprioristica – accettazione dello strumento della contrattazione collettiva quale strumento prescrittivo prioritario ed ovviamente – questo deve rimanere scontato – immune dai divieti della legislazione antitrust. In moltissimi continuiamo a dire – si pensi, al dibattito interno sul salario minimo o a quello sull'organizzazione del lavoro (mansioni) – che la contrattazione collettiva rappresenta uno strumento più reattivo agli andamenti dei mercati rispetto alle fonti predisposte in via parlamentare. Leggendo il *Quaderno*, e quindi assumendo la forma mentis sinzheimeriana dell'effettività, sorge l'interrogativo se ciò corrisponda alla realtà; se è vero o no che con il tempo si è creata una biforcazione così netta con gli States in cui, ormai da decenni e se prescindiamo da alcuni settori del lavoro pubblico, la contrattazione collettiva è oggetto di soli libri di storia, e neppure tanto recente.

Lì lo scontro sociale riguarda il tema della cittadinanza; è su quest'ultimo terreno che emergono ancora vivaci movimenti collettivi, da quello dei *Black-Lives Matters* ai *Native Americans*, ai *Democratic Socialists of America* etc. Più di tutti suscitano interessi giuslavoristici i centri metropolitani del lavoro (*worker center*). Non sono *unions*, ma veri e propri "pronti soccorsi" per il primo ingresso nel mercato del lavoro che ricordano da vicino i nostri sindacati delle origini che gestivano case di accoglienza per i lavoratori migranti. Sta di fatto che a partire, più o meno, dalla Presidenza Reagan, gli *employees* americani navigano a cielo aperto senza un paracadute normativo. Questo spiega molto del perché del Nostro *executive order*. Herbert Hovenkamp commenta con tono ultimativo: «è necessaria un'applicazione della legislazione antitrust più aggressiva in alcune aree, vi è altrettanto bisogno di un maggiore sostegno per i lavoratori, per l'istruzione e le altre istituzioni che la promuovono».

Forse anche da noi il resto della realtà del lavoro è differente da quella del settore metalmeccanico che è ancora oggi quello che ispira il pensiero gius-sindacale italiano. Ma per smascherare tale stortura sarebbero necessarie molte più analisi sul campo così come ricerche statistiche meno pigramente legate ai dati previdenziale delle banche dati dell'INPS che non riguardano le imprese del sommerso-sommerso, quelle che fanno ricorso al lavoro nero. Forse per questa via si arriverebbe, ripeto: forse, a conclu-

dere che la contrattazione collettiva subisce erosioni significative da un accresciuto potere regolativo delle imprese più concorrenziali. In Germania, è all'ordine del giorno del nuovo governo tripartito un rinnovato sostegno alla contrattazione collettiva che a casa nostra non può che passare dalla preliminare selezione dei relativi soggetti e dall'imposizione agli stessi di obblighi di trasparenza<sup>371</sup>.

Vero è che il giuslavorista contemporaneo non è, per sua formazione, attrezzato per esprimersi con competenza sulle ricerche empiriche. Di qui il probabile spiazzamento dinnanzi all'impostazione metodologica, prima ancora dei contenuti, adottata dai Nostri tre autori americani testé citati, che più di tutti gli altri hanno, per così dire, spinto le loro argomentazioni nella direzione delle regole dell'*executive order* che sono al centro di questo *Quaderno*. Di *potere* del datore del lavoro, egli è abituato ad occuparsi quasi esclusivamente quando il rapporto di lavoro è già sorto. La postura del giuslavorista lo induce a guardare al *private government of the workplace*. Prima e dopo tale relazione giuridica, dal suo peculiare punto di vista, vede una dinamica che il giuslavorista stesso denomina bensì come "mercato del lavoro" – anzi, come invitava a fare Gino Giugni, al plurale, "mercati del lavoro" – ma il suo *focus* rimane sempre quello della contrapposizione tra gli interessi, rispettivamente, del lavoratore e del datore di lavoro. Dei mercati (pardon: del mercato) del lavoro di cui egli parla nei suoi studi resta pressoché sempre in ombra il ruolo che vi gioca l'impresa, che c'è dietro al datore di lavoro in quanto soggetto economico che è in competizione con le altre imprese e che svolge tale ruolo anche manipolando, come è qui il caso, le condizioni concorrenziali. Nei manuali di diritto del lavoro si parla esclusivamente di regole amministrative collegate alla conclusione dei contratti di lavoro, di politiche attive, di somministrazione del lavoro, di formazione professionale e di profili di previdenza sociale.

Lo studioso del diritto del lavoro si forma, ben inteso non solo nel nostro contesto accademico ma in tutto quello euro-unitario, come se fosse rinchiuso in una gabbia disciplinare. In tutta la fase iniziale della sua crescita come studioso, il giuslavorista contemporaneo può solo furtivamente coltivare quell'attività chiarificatrice che gli consente di non fare la fine della mosca rinchiusa nella bottiglia. La comunità dei giuslavoristi finisce così con il non riuscire a prendere di petto i problemi che nascono dalla concorrenza tra le imprese e formula punti di vista solo assertivi o comunque smorzati nei confronti di quello che i nostri autori americani chiamano *labor market power*, che nel *Quaderno* viene tradotto come "potere di mercato del datore di lavoro". La nostra comunità di studiosi, e questo mi sembra che sia il punto, intravede il *labor market power* in colposo ritardo, come se esso spuntasse da una curva di là della quale

---

371 Cristofolini, 2021.

non ha il coraggio o, vista la fatica che farebbe in termini di studio aggiuntivo, il fiato di andare. Forse questo spiega il perché del proverbiale surplus ideologico, in una o nell'altra direzione, che caratterizza il giuslavorista.

Che intorno alla relazione tra lavoratori e impresa ci sia un mercato con cui deve fare i conti quest'ultima è considerato irrilevante per la disciplina dello scambio tra lavoro e retribuzione, ma viene poi anche, come inerzia, rimosso quando gli studi attengono al mercato in cui agiscono non solo offerta ma anche la domanda di lavoro. Viene il dubbio se siamo vittime delle nostre stesse premesse che ci spingono a rimuovere gli effetti della *competition*, e non aiuta certo ad evitarlo il fatto che nel nostro ordinamento ci siano già pronte all'uso regole come quelle prescritte dall'articolo 2125 del codice civile. Esse ci agevolano nel nostro compito di ricostruzione della regolamentazione dei rapporti di lavoro (art. 1374 c.c.), ma ci espongono contemporaneamente, e forse proprio per questo, al rischio di rinsecchire ed impigrire la nostra capacità di ragionamento, di diventare ideologici, di irrigidire il nostro pensiero in pregiudizi.

Confrontandosi con i saggi del *Quaderno* il lettore si troverà di fronte a considerazioni che potranno indurlo quasi spontaneamente ad auto-riflettere più a fondo sui mercati del lavoro. Anche chi già lo ha fatto potrà trovare comunque spunti per aggredire da punti d'entrata diversi il dibattito sulle svariate proposte che sono state fatte nel nostro paese – e solo qui nel contesto euro-unitario! – negli scorsi decenni per rimuovere l'inderogabilità di norme relative al rapporto di lavoro. Si è arrivati addirittura al punto di sostenere che nella realtà odierna le misure più efficaci di contrasto del monopsonio non consistono più nell'imposizione di standard minimi di trattamento bensì nell'attivazione di servizi di informazione e formazione che sostengono la mobilità nel mercato. Sono le tesi, come noto, di Pietro Ichino il quale nelle sue *Lezioni di diritto del lavoro*, sottotitolate *Un approccio di labour law and economics*<sup>372</sup> sentenziò: è venuta meno «in tutto o in parte, la ragione d'essere d'interventi protettivi originariamente finalizzati alla correzione di una distorsione monopsonistica del mercato»<sup>373</sup>. Affermazione suffragata da evidenze empiriche? No. Non si trattava di affermazioni che mettevano a frutto, non dico prove inoppugnabili, le quali in questo contesto non esistono

---

372 Ichino, 2004, 93; *inverso*, questo libro è debole anche dal punto di vista giuridico. Penso alla classificazione del vecchio art. 18 st. lav. come *property rule* che avviene trascurando completamente il contesto dogmatico in cui l'art. 18 stesso si inserisce e che pure offrirebbe «sicuri punti di appoggio all'interprete», renderebbe «più coerenti le decisioni del giudice e, in ultima analisi» contribuirebbe «in modo più solido alla certezza e alla prevedibilità del diritto» (Calabresi, 2021, 31).

373 V. anche: Ichino A., Ichino P., 1998, 76: «gli elementi monopsonistici originari si sono in gran parte dissolti».

per definizione, ma almeno ricerche sul campo, *evidence-based*. Il giuslavorista che le formulò non usciva dalla bottiglia nella quale era cresciuto e si limitava a generalizzare sensazioni che aveva maturato grazie a singoli casi giudiziari o episodi della vita.

Ichino contrappone spesso in modo inedito il monopsonio strutturale a quello dinamico<sup>374</sup>. Non è, per intenderci, una ripresa (e giammai essa sarebbe fedele) del pensiero di Alan Manning<sup>375</sup>, il quale differenzia tra: un modello statico di monopsonio, un modello semplice di monopsonio dinamico, un modello generalizzato di monopsonio in cui l'impresa dispone di strumenti diversi dal salario per influenzare il flusso di reclutamento, e infine un modello di equilibrio generale di oligopsonio dinamico. Si tratta per Manning di modelli teorici e non di tipi-storici. La tesi dell'autore – e qui saggiamo tutta la diversità di prospettive rispetto a Ichino – è che il modo tradizionale di approcciare il monopsonio (per intenderci: il caso della *company town*) è troppo semplicistico e induce a concludere che un'unica misura di contrasto, generalmente individuata nella fissazione del salario minimo, sia per così dire risolutiva; per converso, il modo più diretto per stabilire l'esistenza di un potere di mercato del datore di lavoro sui suoi lavoratori è quello di stimare l'elasticità dell'offerta di lavoro affrontata dall'impresa. La realtà empirica insegna che è raro che una lieve riduzione da parte del datore di lavoro del salario induca automaticamente i lavoratori a dimettersi – cosa che invece si verificherebbe se i mercati del lavoro fossero perfettamente concorrenziali. Guardando al mondo reale, poi, sono *in motion* una pluralità di fattori che attribuiscono al datore di lavoro un potere monopsonistico (ad esempio, le cd. frizioni nel mercato del lavoro che rendono lungo e costoso per i lavoratori cambiare lavoro). La teoria del monopsonio di Manning, così come la versione rinnovata del monopsonio statico di Boal e Ransom<sup>376</sup>, costituiscono degli affinamenti di quella tradizionale, e ne ampliano piuttosto che sostituirla l'impatto pratico sulla realtà odierna delle relazioni tra i lavoratori ed i datori di lavoro. Manning sdogana il concetto di monopsonio che evolve dalla nozione stereotipata che spesso alberga nei manuali di economia del lavoro verso un concetto con più sfaccettature che è capace di interagire con la realtà. È un contributo che conquista nuove frontiere problematiche ed in cui gli elementi della vecchia teoria sono presenti nella nuova che però presenta al contempo una maggior ricchezza euristica.

Sulla deformazione italiana nell'approccio interdisciplinare al mercato del lavoro ha invero pesato un tarlo ancora più profondo. Sull'impostazione di Ichino resto, infatti,

---

374 Ichino, 1999.

375 Manning, 2003. *Ma v. per ulteriori citazioni l'Introduzione di Luisetto.*

376 Boal, Ransom, 1997.

dell'opinione espressa "a caldo" al primo apparire del suo approccio<sup>377</sup>: dietro alla sua tesi cova la forma *mentis* di tipo dialettico che ragiona olisticamente come se l'avveramento della situazione ideale sia già automaticamente inclusa nelle premesse asserite in partenza. Proprio per questo egli può presentarsi come un progressista perché dà già per scontato che la storia sia progredita dalla realtà dei monopsoni statici ottocenteschi, da contrastare con norme minime inderogabili, ai monopsoni dinamici di nuovo conio, da contrastare con i servizi all'impiego. Una volta adottato questo assioma basilico il resto segue per mera accumulazione senza particolari difficoltà di montaggio.

Be', lasciatemi dire che l'assioma basilico dal quale Ichino – e non solo da lui ma anche da altri ad iniziare da Marco Biagi – corollari giuridici destrutturanti – di ritorno dalla rigidità alla libertà e di competizione de-regolativa tra gli Stati – viene ancora una volta smentito proprio dagli scritti qui presentati (ma anche da altri analoghi che il lettore potrà agevolmente rintracciare anche grazie ai rinvii contenuti nell'*Introduzione*).

Questo intermezzo critico mi serve qui per suffragare l'assunto che, se arricchiamo il nostro bagaglio informativo su ricerche *evidence based* anche se esse sono relative agli Stati Uniti<sup>378</sup>, questo può esserci comunque utile per diminuire il tasso di schematicità dei nostri discorsi, (che sono, per riprendere un aggettivo che era molto caro a Rodolfo Sacco, municipali) o anche solo per farci venire il dubbio che anche nelle nostre teorie le cose non siano al posto giusto. Dopo aver letto il *Quaderno* qualcuno forse si chiederà ad esempio quanto siano diffusi anche da noi gli accordi di "non adescamento" (*no-poaching*). Siamo sicuri che nella pratica, sempre più dominata da imprese transnazionali, non stia avanzando un processo di svuotamento dell'art. 2125 del codice civile?

A tal proposito, anche se esula dalla questione specifica di cui si occupa il *Quaderno*, voglio ugualmente esprimere l'invito che le analisi giuslavoristiche si aprano agli scritti degli economisti del lavoro che, anche da noi, hanno studiato non solo le dinamiche monopsonistiche, ma più in generale le *labour market frictions*. Le riviste giuslavoristiche, ad iniziare dal *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* che co-dirigo, dovrebbero pubblicare anche lavori che indagano ciò che avviene a monte della relazione tra il singolo lavoratore ed imprenditore dove spesso s'annidano tali *frictions*, anche sospinti dall'idea che nei mercati della domanda di lavoro possono esserci pratiche rilevanti ai fini antitrust, e ciò ben prima della creazione di veri e propri

---

377 Ichino, 1998, 271 ss.

378 Secondo Balasubramanian, Starr, Yamaguchi, 2021, 8, il 57% della manodopera statunitense sia assoggettata a una clausola limitante le capacità di mobilità nel mercato.

casi di monopsonio. Ad esempio, ben poco si capisce, e si può proporre d'effettivo, nel campo del lavoro nella filiera dell'agro-alimentare se non teniamo in considerazione la dinamica degli accordi economici collettivi e l'abuso di filiera<sup>379</sup>. Dobbiamo imparare a guardare (anche) agli svantaggi che i lavoratori subiscono in via indiretta perché riguardano il produttore per cui lavorano, schiacciato dal potere del suo committente o perché organizzazioni datoriali poco rappresentative favoriscono la sotto-protezione territoriale (geo-) dell'attività dei lavoratori che soffrono esistenzialmente la mobilità<sup>380</sup> e sono poco istruiti, oppure ancora perché il pluralismo pernicioso favorito dalla stessa triplice, e dalla concorrenza interna tra le categorie delle stesse tre confederazioni storiche, costituisce essa stessa un fattore di ribasso delle condizioni di lavoro (pensiamo al CCNL dei multiservizi) e ciò al di là e più intensamente dei contratti collettivi pirata che pure spopolano nel nostro meridione. Tutt'altro che *countervailing power* in favore dei soci, i lavoratori cd. *insider*! Rileggiamo l'aureo libretto di Bruno Manghi<sup>381</sup>, che presto *Lavoro e diritto* metterà a disposizione in una nuova edizione, per capire che ci sono degli *insiders* ben più pericolosi e reali. Comunque sia, interi settori della moderna economia dei servizi reclamano poi condizioni minime di committenza ovvero d'azione degli *agents* nei confronti dei lavoratori autonomi di nuova generazione. È di pochi giorni fa la notizia, anch'essa proveniente d'oltreoceano, che il Tribunale di Washington ha accolto la richiesta del dipartimento di Giustizia d'interdire la fusione tra la *Penguin Random House* con la rivale *Simon & Schuster* (per la cifra, ritenuta da molti analisti bassa, di 2,2 miliardi di dollari). Essa avrebbe aumentato la già notevole concentrazione di potere tra le case editrici americane (le altre tre sono, come noto, *HarperCollins Publishing*, *Macmillan* e *Hachette*). Come a dire che anche le opere degli scrittori americani, lavoratori senz'altro istruiti e professionalizzati, rischiano di trovarsi dinnanzi ad un monopsonio della domanda di lavoro.

Al giuslavorista italiano può essere utile leggere il saggio di Naidu, Posner e Weyl anche solo quale assaggio del loro diverso modo di procedere ad un'analisi realmente interdisciplinare tra giuristi ed economisti. Luisetto nella sua *Introduzione*, pensando in opposizione al già citato lemma *labour law and economics*, evoca il sintagma, più promettente: *law and empirical labor economics*. Potrebbe funzionare. L'importante sarà comunque che qualcuno coltivi concretamente tale metodo anche per arricchire il nostro dibattito giuslavoristico. Quello italiano non ha certo bisogno di assertive in-

---

379 Cfr. Canfora, 2018; Masini, 2022.

380 Ci siamo dimenticati che le associazioni sindacali nacquero anche per organizzare l'accoglienza ed il vitto dei lavoratori migranti e che le prime case sindacali erano delle strutture alberghiere che ospitavano i loro soci.

381 Manghi, 1977.

vocazioni dell'accantonamento del sostegno alla contrattazione collettiva, ma semmai di somministrazioni di alte dosi della benefica medicina delle analisi empiriche sull'effettività delle regole eteronome sui rapporti di lavoro, sul lavoro subordinato mascherato da lavoro autonomo continuativo, sui reali tassi di copertura della contrattazione collettiva che vadano oltre i dati di quella parte del mercato del lavoro emerso in cui si pagano i contributi previdenziali, sulle trasformazioni funzionali di un diritto sindacale che è fermo all'economia mista antecedente al principio d'efficienza della concorrenza etc. Ben inteso il ritardo, sebbene temporalmente, sfasato da sistema a sistema, è comune a tutte le realtà nazionali esistenti nel contesto euro-unitario. Anche quello tedesco, benché sia stato il primo, nel secondo dopoguerra e su richiesta degli americani, a procedere alla *Dekartellierung* ha poi sofferto della ritardata introduzione in positivo di incisivi meccanismi di controllo delle pratiche anticoncorrenziali, quelli sulle concentrazioni risalgono ad esempio al 1973.

Sul neo-liberismo<sup>382</sup> giuslavoristico nostrano che ho già richiamato in precedenza resta vero il rilievo del compianto Giorgio Ghezzi: le analisi dei suoi sostenitori necessitavano di un «maggior empirismo: non per quanto riguarda (...) la capacità esemplificativa e la virtù dell'aneddoto (...) ma (...) in punto di metodo»<sup>383</sup>. Ad esempio, prima di pontificare che le organizzazioni sindacali rappresentative svolgono la funzione di *monopoling creating*<sup>384</sup>, e non più quella di *monopsony reducing*, avrebbe dovuto fornire riprove empiriche più stringenti.

Non posso, infine, sottacere anche un'altra sensazione, che formulo però in punta di piedi da mero utente che (è proprio il caso di dirlo) non ha i numeri per fare spiegoni. Da quando l'art. 86, c. 14, del d. lvo. 10 settembre 2003 n. 276 l'annunciò solennemente, la transizione verso le *evidence-based policies* è rimasta un auspicio quasi regolarmente rinnovato da tutte le riforme del lavoro. E' vero che sono state commissioni di

---

382 Non va confuso, come spesso fanno alcuni nostri gius-comparatisti o presunti esperti del diritto euro-unitario con l'ordo-liberalismo tedesco (sulle differenze d'impostazione tra Franz Böhm e Friedrich Hayek cfr. Mestmäcker, 2019, 24 ss.) i cui autori, bisogna tenerne conto, evocavano il fenomeno che corrisponde al termine robinsoniano di monopsonio parlando di monopolio della domanda (qui di lavoro). Costoro non hanno evidentemente letto gli scritti degli ordo-liberisti tedeschi Naidu, Posner e Weyl i quali scrivono che prima degli studi della Robinson «gli economisti che scrissero sulla struttura dell'industria si erano concentrati sul monopolio e sul potere nel mercato dei prodotti».

383 In DLRI, 1997, 166.

384 Ichino, 2004, cit., 93: «è potuto accadere, ad esempio, che una legislazione di sostegno alla coalizione sindacale, originariamente emanata per contrastare il potere monopsonistico imprenditoriale, si sia di fatto trasformata strada facendo in sostegno a forme di mera autodifesa dei lavoratori occupati contro la concorrenza esterna».

cd. esperti chiamati che dovevano monitorarne gli effetti, ma ciò ha avuto luogo quasi sempre al sol fine di evitare la diffusione “impropria” dei (pochi) dati disponibili. Mentre rimane in ombra l’impatto della concorrenza tra imprese sui mercati del lavoro ha preso piuttosto piede l’analisi di impatto concorrenziale, volto a individuare norme (anche giuslavoristiche) eccessivamente intrusive della concorrenza, superflue e non proporzionate. Non c’è dubbio che i dati, sia quelli che sono disponibili e sia quelli che potrebbero esserlo ma non vengono monitorati (nel momento dell’invenzione del tipo di «dato» da ricercare sarebbe utile che statistici, economisti e giuristi sedessero insieme intorno ad un tavolo di discussione), sul mercato del lavoro siano politicamente sensibili. Questa dovrebbe essere anche la ragione per allontanare dalla loro “scoperta” gli attori dell’arena politica della quale, ben inteso, fanno parte anche le «organizzazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale dei datori di lavoro e dei lavoratori» alle quali, invece a conferma della maliziosa supposizione che ho testé formulato, ad un certo punto, è stata garantita la partecipazione «al sistema permanente di monitoraggio e valutazione» dello stato di attuazione di una più recente di queste riforme<sup>385</sup>.

Nel frattempo – ripeto – un *Quaderno* come questo potrebbe essere utile per iniziare a lavorare su noi stessi, sui nostri pregiudizi. All’inizio del secolo i *policy makers* della nostra riforma del 2012 sentenziavano che chi dispone di una maggior professionalità ha maggiori mezzi per conoscere il mercato del lavoro che lo riguarda ed amplia quindi il proprio spettro di libertà. In questo *Quaderno* si legge che «si è scoperto che note imprese della *Silicon Valley*», notoriamente assurta a mito planetario, «comprese *Apple* e *Google*, concludevano cartelli di non concorrenza con i quali si impegnavano a non assumere i rispettivi dipendenti». Conclusione (parziale e – aggiungerei – cauta): mettiamo in discussione l’equazione che maggior professionalità corrisponde a maggior libertà. Invero, finita la lettura dell’intero *Quaderno* rafforzo il sospetto che proprio su questo profilo del dibattito il giuslavoristico abbia agito il pernicioso *handicap* di rimuovere il fatto che nei mercati del lavoro il lavoratore si trova dinnanzi ad una controparte che è in concorrenza con altri. Dopodiché, preoccupa di certo che i patti di non concorrenza siano in alcuni mercati del lavoro professionalizzati così diffusi da creare veri e propri casi di monopsonio, ma va sottolineato con la penna rossa la condivisibilissima osservazione di Hovenkamp secondo il quale è ancora più preoccupante la diffusione di questi patti nei mercati dei lavoratori dipendenti che non hanno ricevuto un alto grado di formazione<sup>386</sup>.

---

385 V. l’art. 1, co. 2-6 della l. n. 92 del 2012.

386 Cfr. Da ultimo: Starr, Prescott, Bishara, 2020. Da noi, la Fondazione De Benedetti ha recentemente pubblicato un primo studio interdisciplinare di Boeri, Garnero, Luisetto, 2022.

Anche Sinzheimer, che ho già richiamato in precedenza, sosteneva l'invocazione da parte di Franz Klein, verso il quale nutri sempre una grande ammirazione, dell'adozione della legislazione *antitrust*. Segnalo anche che negli ultimissimi anni della sua vita egli tentò di isolarsi psicologicamente dal mondo che lo costringeva a vivere nella stessa clandestinità di Anne Frank nei dintorni di Amsterdam, scrivendo un lungo manoscritto, che è rimasto parzialmente incompiuto ma che comunque, grazie all'ammirevole pazienza di un suo allievo e di sua moglie, è stato interamente decifrato e pubblicato, che è dedicato proprio alla *legislative Rechtswissenschaft* che ho richiamato in precedenza. Questo scritto, rimasto per nostra colpa in ombra, meriterebbe di essere preso sul serio anzitutto come simbolo dell'ultimo insegnamento del grande maestro del pensiero giuslavoristico. Mi riferisco al suo esempio finale di studioso che auto-riflette su come si possa essere più cauti perché più documentati, meno giornalisticamente assertivi e più scientifici, nel momento in cui siamo chiamati a collaborare all'elaborazione delle norme legislative che dovranno incidere sulla realtà interpersonale di lavoro per ricevere il reddito dal quale dipende la sua vita. Una persona che, prima ancora di essere in concorrenza con altri lavoratori, subisce la concorrenza tra le imprese alle quali si rivolge<sup>387</sup>.

2. Sul fronte del pensiero giuridico sulla concorrenza, i Nostri tre autori giungono alla meditata convinzione che «mentre le teorie *economiche* considerano sia i mercati del prodotto che quelli del lavoro, le dottrine *giuridiche* hanno posto maggior enfasi sui mercati del prodotto». Per rispondere alla domanda del perché di questo stato delle cose, gli autori chiamano in loro soccorso varie considerazioni e non da ultimo quella per cui «è probabile che la via tradizionale di protezione dei lavoratori, che trova la sua sede al di fuori del diritto *antitrust*, sia sempre apparsa come adeguata». Ma è una considerazione che nasce con il pensiero rivolto all'indietro perché - notano gli autori - negli Stati Uniti «l'azione dei sindacati è collassata» e la legislazione federale, a cominciare da quella sui minimi salariali, ha un carattere pressoché pauperistico. A questo punto Naidu, Posner e Weyl cercano la risposta allargando il compasso, indagando più a fondo le dinamiche che portano all'isolamento dei casi tipici e quindi alla sollecitazione di più robuste evidenze empiriche.

Qui il discorso si complica ma diventa perciò anche più intrigante. Basti qui citare un saggio della loro accurata descrizione su come si solidifica socialmente tale tipicità alla contribuiscono anche le pratiche contrattuali degli uffici del personale delle

---

387 Utilissimi anche ai giuslavoristi sono studi come Steinbum, 2019, che ha inoltre il pregio di essere anche un'analisi storica che ritorna al caso U.S.A. vs Richfield Oil & Co. del 1951 che gettò le basi per delimitare tra loro il diritto del lavoro e quello della concorrenza.

*Big Tech* e poi, soprattutto, accordi orizzontali, più o meno formalizzati, tra le stesse. Queste prime evidenze sollecitano l'indagine dei tre autori anche verso altri segmenti dei mercati del lavoro, consentendo loro di appurare che «gli accordi di non concorrenza sono estremamente comuni e frequenti, anche tra i lavoratori con bassi salari». A questo punto scattano supposizioni più profonde ed emerge sostanzialmente che il rallentamento delle politiche pro-concorrenziali, aumentando le concentrazioni così come il tasso d'ingresso di nuove imprese<sup>388</sup>, favorisce la creazione di dinamiche monopsonistiche. Suscitano la riprovazione dei Nostri autori, le concentrazioni che si sono registrate nel trasporto aereo, nel settore ospedaliero, nell'industria del confezionamento della carne così come in specifici mercati del lavoro autonomo, non da ultimo, nel settore dei servizi dei *freelance*.

Proprio su questo punto si potrebbe aprire di nuovo una breve parentesi di auto-riflessione: da noi sarebbe compito della Repubblica rimuovere i tratti monopsonistici dei mercati, che altro non sono che ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà di vivere del proprio lavoro e la parità di accesso al mercato del lavoro con gravi conseguenze sul piano dello sviluppo della persona umana. Il costo sociale di politiche di *under-enforcement* delle regole pro-concorrenziali si riflette sui perimetri e sulla qualità dei mercati del lavoro e, per restare nella metafora che ho scelto come *refrain* di questa succinta postfazione che è rivolta anzitutto a me stesso, rende ora almeno visibile le pareti di vetro che compongono la bottiglia in cui si sono imprigionati i giuslavoristi che guardano (lo ammetto) con un atavico, istintivo e – visto che in economia bisogna sul punto stare dalla parte dei marginalisti e non da quella dei classici del valore-lavoro – pernicioso sospetto al concetto di concorrenza. Credo al contrario che di progressioni argomentative come quelle che sto qui commentando dovremmo iniziare a tener conto anche noi, specie quando aspirano ad aprirsi in modo interdisciplinare all'apporto degli economisti.

Nel *Quaderno* del quale sto parlando quello che mi ha colpito come giuslavorista, e molto positivamente, è che vi ho trovato alcuni segnnavie, come ad esempio l'indicazione che «lo storico squilibrio tra quelli che chiameremo, rispettivamente, l'approccio antitrust del mercato del prodotto e l'approccio antitrust del mercato del lavoro, non rinviene un fondamento nella teoria economica. Sotto tale prospettiva, i danni al benessere collettivo causati dal potere nel mercato del prodotto e dal potere nel

---

388 Cfr. lo studio, scritto peraltro con un tono (troppo) retoricamente pessimistico di Philippon (del quale v. 2021), che si occupa ripetutamente del caso Walmart e dei mercati del lavoro degli informatici, degli sportivi e dei medici (questi due ultimi hanno avuto anche visibilità giudiziale: v. *Braxton Banks v. National Collegiate Athletic Association* e *Kartell v. Blue Shield of Massachusetts*), richiamati anche dagli autori del *Quaderno*.

mercato del lavoro sono equivalenti tra loro. Come riconobbe Adam Smith, le imprese guadagnano allo stesso modo sfruttando il potere nei mercati del prodotto o del lavoro, in quanto entrambi consentono di incrementare i profitti alzando i prezzi (nel primo caso) o abbassando i costi (nel secondo caso)».

Fermo restando che quel che è scritto in questo *Quaderno* è tutto più complicato e più interessante, e qui posso solo provare a dare un'idea delle molte questioni toccate, discusse e risolte, provo infine a fare un breve riepilogo. Un mercato del lavoro "monopsonizzato" presenta una patologia giuridica. Le terapie d'intervento sono diverse e dipendono da quali tra i diversi strumenti giuridici di cui è dotato un ordinamento siano anche i più efficaci. Anche la normativa di diritto del lavoro, ad iniziare dai contratti collettivi, gioca un ruolo pro-concorrenziale e può essere uno strumento indispensabile perché gli operatori siano *price-taker* e non *price-maker*, privi, insomma, del potere di influenzare il costo del lavoro al di sotto del minimo ottimale. Dobbiamo ragionare intorno alla contrattazione collettiva nei termini di una istituzione che è idonea a prescrivere *ex ante* le condizioni concorrenziali minime, quelle all'interno delle quali le imprese possono concorrere tra loro, anche con contrattazioni *in melius*, dando vita ad un bene, il mercato, che può allora effettivamente dirsi comune. In questo ambito delle regole minimali del gioco, sia essa contenuta in una legge, in un contratto collettivo, nella regolazione dei mercati o ricavata da un precedente giurisprudenziale, va in esca una doppia dinamica: quella gius-privatistica, che consiste in una garanzia dei singoli e quella gius-pubblicistica che consiste nell'inderogabile prescrizione delle regole d'ingresso nel gioco del mercato. Non dimentichiamo mai il punto di partenza dei pionieristici studi di Philipp Lotmar: dopo il contratto di compravendita, quello del lavoro, che è strutturalmente diverso dalla locazione, è quello più impattante sulla nostra società.

I gius-privatisti hanno scoperto da un po' di tempo a questa parte che occorre apprezzare in modo nuovo il rapporto tra diritto pubblico e diritto privato. Si parla con crescente successo, in termini di politica del diritto, dell'opzione del diritto privato *regolatorio*<sup>389</sup>. Se fossimo padroni della storia del nostro pensiero giuslavoristico potremmo dire la nostra su questo intrigante *râdê vu* e svolgere un ruolo di protagonisti del dibattito sulla (ri)scoperta del lato giusprivatistico di normative d'origine pubblicistica (in questo caso: il diritto pubblico dell'economia). Si pensi all'evoluzione della considerazione giuridica che subì nel corso della prima metà del Novecento la normativa anti-infortunistica, grazie ad autori quali Hans Carl Nipperdey in Germania o Ludovico Barassi, non quello del periodo liberale ma quello del ventennio, in Italia. La capaci-

---

389 Zoppini, 2020.

tà della storia delle idee di parlarci è direttamente proporzionale alla nostra capacità di ascolto: affinare quest'ultima attitudine è un requisito indispensabile per prendere contentezza del presente, che è l'unico tempo che viviamo. Veramente nuova per i giuslavoristi è la funzione, che emerge nitidamente da questo *Quaderno*, dell'autorità regolatoria della concorrenza che dimostra di poter essere l'istituzione di ultima istanza (anche) in materia di lavoro. Quando avverrà anche da noi, i giuslavoristi vedranno le pareti di vetro della bottiglia dell'auto-sufficienza disciplinare in cui si sono imbucati. Speriamo solo che non abbiano già fatto la fine che è in genere riservate alle mosche che finiscono in questa scomoda situazione.

3. Non sono titolato per dire quanto possano giovare della lettura del *Quaderno* anche i nostri esperti del diritto della concorrenza.

I casi di monopsonio nel mercato del lavoro entrano difficilmente a far parte della stessa casistica antitrust. In nome della *rule of reason*, l'attore dovrebbe provare la presenza di evidenti frizioni del mercato, non solo nei suoi confronti, ma di tutti gli altri lavoratori del mercato rilevante. Quanto alle *class actions*, se in quelle dei consumatori è facilmente rinvenibile il requisito del *common interest*, altrettanto non può dirsi delle cause intentate dai lavoratori, in cui gli attori differiscono per anzianità di servizio, indennità, *benefits* e via dicendo; pertanto oltre a venir meno il requisito indispensabile della comunanza di interesse, la stessa spesa processuale risulta essere troppo elevata per giustificare l'iniziativa processuale. Anche questo è un già visto nella storia del diritto del lavoro. Dalla lettura del *Quaderno*, scopriamo comunque che nel 2016, il *Council of Economic Advisors* della Casa Bianca e il Dipartimento del Tesoro hanno stilato reports riguardanti i pericoli dei cartelli nel mercato del lavoro e il Dipartimento di Giustizia ha avviato indagini nei confronti delle imprese ree di aver sottoscritto o concluso clausole e accordi limitativi della mobilità occupazionale dei propri dipendenti, tra le quali figura anche McDonald's.

Il fatto che uno studioso di primo piano come Hovenkamp dia un giudizio complessivamente positivo sull'*executive order* – che egli considera «un importante correttivo per un pregiudizio "anti-applicazione" che ha ostacolato la politica antitrust per decenni, che non è mai stato economicamente giustificato, e che continua a influenzare parti del sistema giudiziario federale» – depone nel senso che stiamo parlando di qualcosa di interessante.

Sempre mosso dallo spirito d'autoanalisi al quale accennavo sopra, mi limito sul punto ad osservare, dopo aver letto il saggio di Naidu, Posner e Weyl, che, anche per l'ammirevole sforzo dei tre autori di non stordire i giuristi con complicati ragionamenti mate-

matici ai quali pure fanno utilmente ricorso, i termini di un dibattito interno che, tra il 2006 e il 2007, vide contrapposti tra loro sulle pagine di *Mercato Concorrenza Regole*, Francesco Denozza e Alberto Toffoletto, da un lato, e Roberto Pardolesi, dall'altro. Il tema del disquisire era in che misura e se l'interpretazione del diritto antitrust debba avere un'inclinazione anche economica. I primi due sono dell'opinione che «l'idea (...) che l'interprete possa, o addirittura debba, applicare un divieto solo quando abbia accertato caso per caso la lesione in concreto del bene giuridico corrispondente è ingenua. Questa prospettiva introdurrebbe una sorta di giustizia del caso singolo, se non addirittura di "diritto libero", che non appare congrua con le scelte fondamentali cui si ispirano tutti gli ordinamenti occidentali»<sup>390</sup>. Pardolesi replica, un po' seccato, con un malizioso interrogativo: «esiste un'elaborazione giuridica in materia di antitrust che faccia storia a sé e sia davvero sottratta all'influenza dell'argomento economico?»<sup>391</sup>. Confesso la mia tradizionale ingenuità perché ho sempre pensato che chi applica il diritto, non solo il giudice, debba proprio accertare caso per caso. Mi chiedo perché due navigati autori lo neghino? La spiegazione che ho maturato è che essi sono semplicemente incorsi in un'affermazione infelice con la quale finiscono con il comunicare in modo fuorviante il loro stesso convincimento. Denozza e Toffoletto entrano come due mosche nel collo di bottiglia quando, volendo giustamente contrastare l'idea che la normativa *antitrust* difende esclusivamente il bene del benessere borkiano del consumatore, lo affermano con un costrutto linguistico che significa al lettore che il diritto deve essere interpretato indipendentemente dalle sollecitazioni applicative e, quindi, dalle domande con le quali i casi interrogano le norme che prescrivono quel diritto. Sono d'accordo che l'obiettivo perseguito dai co-autori, perché anche il benessere monetario del consumatore vale in quanto è in relazione ad un *output* complessivo di sistema e cioè non genera externalità negative che possono, ad esempio, consistere anche nel restringimento complessivo della capacità di consumo (distribuzione del reddito). Ad esempio, Hovenkamp, autore che sfugge alle facili classificazioni<sup>392</sup>, afferma che si deve tener conto anche delle «maggiori opportunità per lavoratori e fornitori». È condivisibile anche la scelta metodologica che ciò possa essere fatto, oltre che da regole pro-concorrenziali, anche da riduzioni teleologiche dell'ambito applicativo del divieto di abuso della posizione dominante. Ma mi pongo l'interrogativo se i coautori operino tale restringimento realmente in modo indipendentemente dalle sollecitazioni della realtà. Penso di no.

---

390 Denozza, Toffoletto, 2006, 566.

391 Pardolesi, 2007, 120.

392 La posizione tradizionale assunta da Hovenkamp nel vasto campo delle teorie statunitensi emerge bene in Mangini, 1995. Egli è comunque da sempre critico nei confronti di R. Bork (1978).

Mengoni gli avrebbe fatto notare che l'interpretazione è sempre un avanti indietro rispetto alla realtà. Una specie di *ping pong*. Ha quindi ragione Pardolesi? Anche alla luce del lavoro di Naidu, Posner e Weyl, sono propenso a replicare la risposta negativa. Perché? Rispondo con un interrogativo: qual è l'"argomento economico" a cui si riferisce Pardolesi? Quest'ultimo lo spiega bene nel passo del suo saggio in cui sostiene che il benessere del consumatore costituisce una «finalità tendenziale» della normativa antitrust che va sempre accertato ma può capitare che dobbiamo accontentarci solo del "migliore dei mondi possibili". Forse qui anche lui fa però la fine della povera mosca ed inizia a sbandare perché viene tratto in inganno da un tipo di "argomento economico" che ha fatto il suo tempo.

L'economia comportamentale, tanto più rilevante quanto più la ricerca del profitto è frutto di un'economia dello spirito e della nostra tendenza all'edonismo e all'esaltazione della nostra singolarità, ci ha trasmesso evidenze empiriche che devono essere tenute in conto per la definizione dei mercati rilevanti, per comprendere gli accordi verticali, le pratiche sui mercati secondari, le vendite abbinate, gli sconti condizionati, i prezzi predatori e il controllo delle concentrazioni ed altri attrezzi concettuali che maneggiano i nostri esperti della normativa *antitrust*. La mia non è che una lista molto sommaria dei fatti (*bias*) che fanno deviare gli individui dalle decisioni cd. razionali. Dobbiamo considerare come strutturalmente aperto tutto ciò che ruota intorno al dover essere del macro-concetto di «mercato concorrenziale» perché, siccome abbiamo a che fare con l'essere della logica, mai fuori gioco quando si parla di agire imprenditoriale, dei costi/benefici monetari immediati, ci muoviamo in un terreno che è massimamente esposto al rischio dell'ineffettività e, quindi, della discrasia tra l'essere e il dover essere. Per chi subisce, per mancanza di forza, i *trends* sociali questi ultimi sono una fonte di lacerazione e conseguenze negative anche se – aggiungeva Karl Marx – egli è consapevole del loro potere strutturante. Non è una condizione esistenziale in cui è agevole vivere – per il giuslavorista è la ragione prima delle sue depressioni teoriche – ma possiamo aspirare a non farci travolgere dai fatti se maneggiamo i concetti giuridici partendo dal presupposto che essi facciano parte di quello che il civilista austriaco Franz Wilburg chiamava "sistema pieghevole"<sup>393</sup>. Non possiamo insomma utilizzare gli attrezzi concettuali con cui costruiamo il dover essere del mercato come dei contenitori nei quali riponiamo sempre le stesse fattispecie concrete perché la realtà dei mercati è dinamica per definizione, è parte essenziale della vita sociale in movimento.

---

393 Il suo noto trattatello è stato anche tradotto in inglese: Willburg, 2000.

Gli ordo-liberalisti sostenevano che bisogna implementare la concorrenza perché essa rappresenta il principio d'ordine dinamico<sup>394</sup> che consente di superare la concezione statica che era insita nell'impostazione storicista di Gustav Schmoller che dominò in lungo e largo la dottrina economica tedesca<sup>395</sup> fino alla fine degli anni Venti dello scorso secolo. L'individualismo metodologico dei marginalisti austriaci si diffuse solo lentamente grazie soprattutto al *Grundriß* di Philippovich per irrigidirsi poi nell'ideologia hayekiana la quale non teneva conto – *fallacy of composition* – che è possibile calcolare la probabilità dei comportamenti collettivi. Già gli ordo-liberisti incorsero nell'errore di individuare le condizioni di efficiente allocazione delle risorse senza aprirsi al confronto con le evidenze empiriche, ma argomentando da premesse di ordine morale e politico, oggi si direbbe, sulla base dei soli principi costituzionali. L'approccio giuridico degli ordo-liberisti tedeschi della prima irrigidiva le necessarie premesse morali in regole d'azione al posto di considerarle alla stregua di principi da bilanciare guardando alle conseguenze delle possibili regole giuridiche e non s'impastava quindi neppure con analisi empiriche. E' come se non considerasse che nelle teorie economiche non possono per definizione entrare a far parte, come avviene invece nel discorso giuridico, regole precostituite.

Con un modo di dire che è oggi giorno in grande voga possiamo esprimere la postura che dobbiamo assumere di contro a tale tradizione, come quella di chi cerca di fare un funzionale *market design*, sapendo *zigzagare* intorno alla realtà dei mercati in cui in molti cospirano contro le condizioni di concorrenza più congrue per cucirvi intorno un vestito di sartoria dotato di un virtuoso *output* sociale. Ma per disegnare il vestito più virtuoso alla realtà dinamica del mercato non possiamo certo affidarci ad analisi che irrigidiscono in partenza una certa teoria dell'economia inserendola in premesse e dotando queste ultime di valore giuridico. Questo non se lo può permettere l'economista che deve tenere sempre un occhio diretto alle evidenze empiriche e, a maggior ragione, il giurista che deve essere appunto sempre pronto a tessere di nuovo le fattezze regolative del suo tessuto prescrittivo, riducendo o ampliando teleologicamente il campo applicativo delle sue norme, dirigendo lo sguardo di continuo anche sulla realtà e non solo illudendosi di farlo perché ha indossato quelli che in un certo tempo storico si pensava che fossero gli occhiali migliori possibili. Da questo *Quaderno* escano proposte come quella di governare la definizione di mercato (del lavoro) rilevante, tenendo conto non di un unico tipo d'elasticità salariale della curva di offerta di lavoro, ma differenziando quest'ultima a seconda del tipo di mansione e del contesto. Vedre-

---

394 Mestmäcker, 2019, 25.

395 Ricordiamoci sempre che i nostri corporativisti respinsero con forza le idee ordo-liberali: v. quanto scrisse Bottai nell'Archivio di studi corporativi, 1939, 85 ss.

mo se sono progressioni che potranno essere adattate alla nostra realtà. L'ambizione di questo *Quaderno* sarebbe quella di suscitare un confronto, indipendentemente dall'esito dello stesso.

Un'ultima annotazione. Nell'indice tematico, qui solo ideale, di questo libretto, si dovrebbe inserire una parola chiave che consente di risalire velocemente alle pagine in cui gli autori danno torto ai polverosi passaggi di molti manuali di economia del lavoro le cui esemplificazioni del monopsonio della domanda di lavoro riguardano solo casi ai quali è estranea l'azione dell'impresa. Penso all'esempio, tanto frequente quanto stereotipato, della miniera di carbone che è localizzata in un punto che è difficilmente accessibile<sup>396</sup>. Anche le ricerche empiriche citate in questa silloge dimostrano che con la redazione dei contratti individuali di lavoro il datore di lavoro, pressato dalle condizioni di mercato, può perseguire l'effetto anticoncorrenziale di precludere ai suoi lavoratori – in cui, certo, ha spesso investito in termini di formazione *on ed extra the job* – d'accedere in futuro a quel mercato del lavoro al quale si rivolgono anche i suoi concorrenti. Manuali più aggiornati potrebbero contribuire a togliere in partenza qualsiasi fondamento alla supposizione, sostenuta ad un certo punto del loro ragionamento da Naidu, Posner e Weyl, che una delle principali ragioni della presunzione che «mercati del lavoro sono concorrenziali e, pertanto, non necessitano della legislazione antitrust» risieda proprio nello sviluppo specialistico dell'economia del lavoro.

---

396 Ad esempio, Borjas, 2008, 199. V. di contro Boeri, Van Ours, 2021, citato anche nell'Introduzione.

## Riferimenti bibliografici

Abrams R. (2017). Why Aren't Paychecks Growing? A Burger-Joint Clause Offers a Clue. *N.Y. Times*.

Adams W., Brock J.W. (1990). The Sherman Act and the Economic Power Problem. *The Antitrust Bulletin*: 25 ss.

Agarwal N. (2015). An Empirical Model of the Medical Match. *American Economic Review*: 1939 ss.

Akerlof G.A. (1970). The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*: 235 ss.

Albrecht J. (2010). Search Theory: The 2010 Nobel Memorial Prize in Economic Sciences. *Scandinavian Journal of Economics*: 237 ss.

Almeida P., Kogut B. (1999). Localization of Knowledge and the Mobility of Engineers in Regional Networks. *Management science*: 905 ss.

Andrias K. (2019). An American Approach to Social Democracy: The Forgotten Promise of the Fair Labor Standards Act. *Yale Law Journal*: 616 ss.

Andrias K. (2016). The New Labor Law. *Yale Law Journal*: 1 ss.

Areeda P.E., Hovenkamp H. (2021). An Analysis of Antitrust Principles and Their Application. WolterKluwer. 5 ed.

Areeda P.E., Hovenkamp H.J. (2016). Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and their Application. Philadelphia: Wolters Kluwer Law & Business. 4 ed.

Armstrong A., Vickers J. (2010). A Model of Delegated Project Choice. *Econometrica*: 213 ss.

Arrieta Ibarra I., Goff L., Jiménez Hernández D., Lanier J., Weyl G. (2018). Should We Treat Data as Labor? Moving Beyond “Free”. *AEA Papers and Proceedings*.

Autor D., Dorn D., Katz L.F., Patterson C., Van Reenen J. (2020). The fall of the labor share and the rise of superstar firms. *The Quarterly Journal of Economics*: 645 ss.

Azar J., Marinescu I., Steinbaum M.I. (2020). Labor Market Concentration. *Journal of Human Resources*.

Balasubramanian N., Starr E., Yamaguchi S. (2021). Bundling Employment Restrictions and Value Appropriation from Employees. *SSRN*.

Baker J.B., Scott Morton F. (2017). Antitrust enforcement against platform MFNs. *Yale Law Journal*: 2176 ss.

Bakir E., Hays M., Knoedler J. (2021). Rising Corporate Power and Declining Labor Share in the Era of Chicago School Antitrust. *Journal of Economic Issues*: 397 ss.

Barkai S. (2017). Declining Labor and Capital Shares. (Tesi di dottorato non pubblicata, London Business School - archivio della Harvard Law School Library).

Barnett J.M., Sichelman T. (2020). The case for noncompetes. *University of Chicago Law Review*: 953 ss.

Batra R., Sinha I. (2000). Consumer-level factors moderating the success of private label brands. *Journal of retailing*: 175 ss.

Becker G.S. (1957). *The Economics of Discrimination*. University of Chicago Press.

Benkler Y. (2006). *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale University Press.

Benmelech E, Bergman N., Kim H. (2020). Strong Employers and Weak Employees: How Does Employer Concentration Affect Wages? *Journal of Human Resources*.

Berry S., Levinsohn J., Pakes A. (1995). Automobile Prices in Market Equilibrium. *Econometrica*: 841 ss.

Bhaskar V., To T. (1999). Minimum Wages for Ronald McDonald Monopsonies: A Theory of Monopsonistic Competition. *The Economic Journal*: 190 ss.

Bloodstein B. (2019). Amazon and Platform Antitrust. *Fordham Law Review*: 187 ss.

Boal W.M., Ransom M.R. (1997). Monopsony in the Labor Market. *Journal of Economic Literature*: 86 ss.

Boeri T., Garnero A., Luisetto L.G. (2022). *The Role of Non-Compete in Monopsony: The Case of Italy*. [https://www.frdp.org/wp-content/uploads/2022/05/Boeri-Garnero-Luisetto-Non-compete-agreements-Italy\\_FINAL.pdf](https://www.frdp.org/wp-content/uploads/2022/05/Boeri-Garnero-Luisetto-Non-compete-agreements-Italy_FINAL.pdf)

Boeri T., Van Ours J. (2021). *The Economics of Imperfect Labor Markets*. Princeton University Press.

Bohannon C., Hovenkamp H. (2013). *Creation Without Restraint: Promoting Liberty and Rivalry in Innovation*. Oxford University Press.

Bond (2019). Amazon Eases Price Restrictions on Third-Party Vendors. *Financial Times*.

Borjas G.J. (2008, 2010). *Labor Economics*. McGraw-Hill/Irwin.

Bork R. (1978). *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*. Basic Books.

Bourgeois J., O'Daly C. (2010). Hard Times: Employment Issues in EU Merger Control. In: Krasnodębska-Tomkiel M., *Changes in Competition Policy over the Last Two Decades*. Office of Competition and Consumer Protection: 163 ss.

Boyle P.J., Lathrop E.S. (2013). The value of private label brands to US consumers: an objective and subjective assessment. *Journal of retailing and Consumer Services*: 80 ss.

Bryan K.A., Hovenkamp E. (2020). Startup acquisitions, error costs, and antitrust policy. *The University of Chicago Law Review*: 331 ss.

Budzinski O., Ruhmer I. (2010). Merger Simulation in Competition Policy: A Survey. *Journal of Competition Law and Economics*: 277 ss.

Bulow J., Levin J. (2006). Matching and Price Competition. *American Economic Review*: 652 ss.

Burdett K., Mortensen D.T. (1998). Wage Differentials, Employer Size, and Unemployment. *International Economic Review*: 257 ss.

Calabresi G. (2021). L'allievo Carlo Castronovo e le parole del diritto, da Yale a Milano. Spunti e ricordi. In (A. Albanese, A. Nicolussi) *La scienza del diritto civile e la sua dimensione internazionale*, Giappichelli.

Canfora I. (2018). La filiera agroalimentare tra politiche europee e disciplina dei rapporti contrattuali: i riflessi sul lavoro in agricoltura. *DLRI*: 259 ss.

Card D. (2022). *Who set your wage?* NBER Working Paper n. 29683.

Card D., Cardoso A.R., Kline P. (2016). Bargaining, Sorting, and the Gender Wage Gap: Quantifying the Impact of Firms on the Relative Pay of Women. *The Quarterly Journal of Economics*: 633 ss.

Card D., Krueger A.B. (1994), Minimum Wages and Employment: A Case Study of the Fast-Food Industry in New Jersey and Pennsylvania. *American Economic Review*: 772 ss.

Card D., Mas A., Moretti E., Saez E. (2012). Inequality at Work: The Effect of Peer Salaries on Job Satisfaction. *American Economic Review*: 2981 ss.

Carrier M.A., Minniti C.J. (2018). Biologics: The New Antitrust Frontier. *University of Illinois Law Review*: 1 ss.

Chetty R. (2012). Bounds on Elasticities with Optimization Frictions: A Synthesis of Micro and Macro Evidence on Labor Supply. *Econometrica*: 969.

Chiappori P.A., Salanié B. (2016). The Econometrics of Matching Models. *Journal of Economic Literature*: 832 ss.

Chieppa, R. (2006). Poteri esercitati, procedimento e contraddittorio davanti alle autorità indipendenti. [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Crane D.A. (2011). *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*. Oxford University Press.

Crane D.A. (2018). Antitrust's unconventional politics. *Virginia Law Review*: 118 ss.

Crawford G.S., Lee R.S., Whinston M.D., Yurukoglu A. (2018). The Welfare Effects of Vertical Integration in Multichannel Television Markets. *Econometrica*: 891 ss.

Cristofolini C. (2021). *Profili organizzativi e trasparenza finanziaria dei sindacati rappresentativi*. Franco Angeli.

Culbertson D. (2018). Demand for AI Talent on the Rise. *Indeed Hiring Lab*.

Currie J., Farsi M., MacLeod W.B. (2005). Cut to the Bone? Hospital Takeovers and Nurse Employment Contracts. *Industrial and Labor Relations Review*: 471 ss.

Dal Bó E., Finan F., Rossi M.A. (2013). Strengthening State Capabilities: The Role of Financial Incentives in the Call to Public Service. *The Quarterly Journal of Economics*: 1169 ss.

Davis S.J., von Wachter T. (2011). Recessions and the Costs of Job Loss. *National Bureau of Economic Research, Working Paper n. 17638*.

Day G.R., Schuster W.M. (2019). Patent Inequality. *Alabama Law Review*: 115 ss.

De Loecker J., Eeckhout J. (2020). The Rise of Market Power and the Macroeconomic Implications. *The Quarterly Journal of Economics*: 561 ss.

De Loecker J., Eeckhout J., Mongey S. (2021). Quantifying Market Power and Business Dynamism in the Macroeconomy. *CEPR Discussion Paper*.

De Loecker J., Eeckhout J., Unger G. (2020). The rise of market power and the macroeconomic implications. *The Quarterly Journal of Economics*: 561 ss.

Denoza F., Toffoletto A. (2006). Contro l'utilizzazione dell'approccio economico nell'interpretazione del diritto antitrust. *Mercato Concorrenza Regole*: 563 ss.

Doering C. (2014). Who Will Food Industry Consolidation Squeeze? *Usa Today*.

Dougherty C. (2017a). How Noncompete Clauses Keep Workers Locked In. *N.Y. Times*.

Dougherty C. (2017b). Noncompete Pacts, Under Siege, Find Haven in Idaho. *N.Y. Times*.

Dube A., Giuliano L., Leonard J. (2019). Fairness and frictions: The impact of unequal raises on quit behavior. *American Economic Review*: 620 ss.

Dube A., Jacobs J., Naidu S., Suri S. (2020). Monopsony in Online Labor Markets. *American Economic Review*: 33 ss.

Dube A., Kaplan E. (2010). Does Outsourcing Reduce Wages in the Low-Wage Service Occupations? Evidence from Janitors and Guards. *Industrial and Labor Relations Review*: 287 ss.

Dube A., Lester T.W., Reich M. (2016). Minimum Wage Shocks, Employment Flows, and Labor Market Frictions. *Journal of Labor Economics*: 663 ss.

Dube A., Manning A., Naidu S. (2018). Monopsony and Employer Mis-Optimization Account for Round Number Bunching in the Wage Distribution. *National Bureau of Economic Research, Working Paper n. 24991*.

Dube A., Naidu S., Reich M. (2007). The Economic Effects of a Citywide Minimum Wage. *Industrial and Labor Relations Review*: 522 ss.

Dupuy A., Galichon A., Jaffe S., Kominers S.D. (2017). Taxation in matching markets. *International Economic Review*: 1591 ss.

Edlin A., Hemphill S., Hovenkamp H., Shapiro C. (2015). The Actavis inference: Theory and practice. *Rutgers University Law Review*: 585 ss.

Eggertsson G.B., Robbins J.A., Wold E.G. (2018). Kaldor and Piketty's Facts: The Rise of Monopoly Power in the United States. *National Bureau of Economic Research, Working Paper n. 24287*.

Einav L., Levin J. (2010). Empirical Industrial Organization: A Progress Report. *Journal of Economic Perspectives*: 145 ss.

Ely R.T. (1886). *The Labor Movement in America*. T.Y. Crowell & Co., New York. III ed. 1890.

Engels F. (1844). *The Condition of The Working Class In England*. New York, John W. Lovel Co. 1887.

Etherington D. (2017). Microsoft Acquires Maluuba, a Startup Focused on General Artificial Intelligence. *Techcrunch*.

Fallick B., Fleischman C.A., Rebitzer J. B. (2006). Job-hopping in Silicon Valley: some evidence concerning the microfoundations of a high-technology cluster. *The review of economics and statistics*: 472 ss.

Farber H.S., Herbst D., Kuziemko I., Naidu S. (2018). Unions and Inequality over the Twentieth Century: New Evidence from Survey Data. *National Bureau of Economic Research, Working Paper n. 24587*.

Farber H.S., Western B. (2000). Round Up the Usual Suspects: The Decline of Unions in the Private Sector, 1973–1998. *Industrial Relations Section, Princeton University, Working Paper n. 437*.

Farrell J., Katz M.L. (2006). The Economics of Welfare Standards in Antitrust, *Competition Policy International*: 14 ss.

Farrell J., Shapiro C. (2010). Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition. *The BE Journal of Theoretical Economics*: 1 ss.

Fox J.T. (2010). Estimating the Employer Switching Costs and Wage Responses of Forward-Looking Engineer. *Journal of Labor Economics*: 357 ss.

Freeman R.B., Medoff J.L. (1979). The Two Faces of Unionism. NBER Working Paper n. 364.

Friedman M. (1962). *Capitalism and Freedom*. The University of Chicago Press. 2002.

Gandhi A., Froeb L., Tschantz S., Werden G.J. (2008). Post-Merger Product Repositioning. *The Journal of Industrial Economics*: 49 ss.

Garin A., Silverio F. (2018). How does firm performance affect wages? evidence from idiosyncratic export shocks. *University of Illinois at Urbana-Champaign Working Paper*.

Gaudet G., Van Long N. (1996). Vertical Integration, Foreclosure, and Profits in the Presence of Double Marginalization. *Journal of Economics & Management Strategy*: 409 ss.

Goldschmidt D., Schmieder J.F. (2017). The Rise of Domestic Outsourcing and the Evolution of the German Wage Structure, *The Quarterly Journal of Economics*: 1165 ss.

Gourevitch A. (2014). From Slavery to the Cooperative Commonwealth. Cambridge University Press.

Gowrisankaran G, Nevo A., Town R. (2015). Mergers When Prices Are Negotiated: Evidence from the Hospital Industry. *American Economic Review*: 172 ss.

Grandi M. (1997). "Il lavoro non è una merce": una formula da rimeditare. *LD*, 4: 557 ss.

Grullon G., Larkin Y., Michaely R. (2019), Are U.S. Industries Becoming More Concentrated? *Review of Finance*: 697 ss.

Guggenberger N. (2020). Essential Platforms. *Stanford Technology Law Review*: 2 ss.

Hafiz H. (2018). Picketing in the New Economy. *Cardozo Law Review*: 1845 ss.

Hall R.E. (2018). Using empirical marginal cost to measure market power in the US economy. *NBER Working Paper No. 25251*.

Hansen K. (1992). The U.S. Nursing Market and Its Market Structure in the 1980s (tesi di dottorato non pubblicata, University of Rochester - nell'archivio della Harvard Law School Library).

Hemphill C.S., Rose N.L. (2018). Mergers that Harm Sellers. *Yale Law Journal*: 2078 ss.

Hoch S.J. (1996). How should national brands think about private labels?. *MIT Sloan Management Review*: 89 ss.

Hovenkamp E. (2018). Antitrust law and patent settlement design. *Harvard Journal of Law & Technology*: 417 ss.

Hovenkamp E., Cotter T. F. (2015). Anticompetitive Patent Injunctions. *Minnesota Law Review*: 871 ss.

Hovenkamp E., Hovenkamp H. (2017). Buying Monopoly: Antitrust Limits on Damages for Externally Acquired Patents. *Texas Intellectual Property Law Journal*: 39 ss.

Hovenkamp H. (2015a). Antitrust and the Patent System: A Reexamination. *Ohio State Law Journal*: 467 ss.

Hovenkamp H. (2015b). The Rule of Reason and the Scope of the Patent. *San Diego Law Review*: 515 ss.

Hovenkamp H. (2017). Appraising Merger Efficiencies. *George Mason Law Review*: 703 ss.

Hovenkamp H. (2018a). Antitrust and the Design of Production. *Cornell Law Review*: 1155 ss.

Hovenkamp H. (2018b). Whatever Did Happen to the Antitrust Movement? *Notre Dame Law Review*: 583 ss.

Hovenkamp H. (2019a). FRAND and Antitrust. *Cornell Law Review*: 1683 ss.

Hovenkamp H. (2019b). Regulation and the Marginalist Revolution. *Florida Law Review*: 455 ss.

Hovenkamp H. (2020a). Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice. West Academic. 6 ed.

Hovenkamp H. (2020b). Justice Department's New Position on Patents, Standard Setting, and Injunctions. *Regulatory Review*: 20 ss.

Hovenkamp H. (2021a). Antitrust Harm and Causation. *Washington University Law Review*. In uscita.

Hovenkamp H. (2021b). A Miser's Rule of Reason: Student Athlete Compensation and the Alston Antitrust Case. Di prossima pubblicazione.

Hovenkamp H. (2021c). Antitrust and Platform Monopoly. *Yale Law Journal*: 1952 ss.

Hovenkamp H. (2021d). Antitrust Error Costs. Di prossima pubblicazione.

Hovenkamp H. (2021e). The Looming Crisis in Antitrust Economics. *Boston University Law Review*: 489 ss.

Hovenkamp H. (2021f). Vertical Control. *NYU Law Review Online*.

Hovenkamp H. (2022a) Worker Welfare and Antitrust. Di prossima pubblicazione.

Hovenkamp H. (2022b). Monopolizing and the Sherman Act. Di prossima pubblicazione.

Hovenkamp H. (2022c). President Biden's Executive Order on Promoting Competition: an Antitrust Analysis. *Arizona Law Review*.

Hovenkamp H., Janis M.D., Lemley M.A., Leslie C., Carrier M., (2021). IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law. Wolters Kluwer.

Hovenkamp H., Shapiro C. (2017). Horizontal mergers, market structure, and burdens of proof. *Yale Law Journal*: 1996 ss.

Hovenkamp, H. (2011). Does the Packers and Stockyards Act Require Antitrust Harm?. *SSRN Working Paper*.

Iadevaia M. (2020). Poach-No-More: Antitrust Considerations of Intra-franchise No-Poach Agreements. *ABA Journal of Labor & Employment Law*: 151 ss.

Ichino A., Ichino P. (1998). A chi serve il diritto del lavoro, in: A. Amendola, *Istituzioni e mercato del lavoro*, ESI.

Ichino P. (1998). Individui, istituzioni e scelte pubbliche nel diritto del lavoro della II<sup>a</sup> Repubblica. *LD*: 271 ss.

Ichino P. (1999). Diversità di ispirazione e contenuti normative fra l'organizzazione internazionale del lavoro e l'ordinamento comunitario. *DRI*: 295 ss.

Ichino P. (2004). *Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di labour law and economics*. Giuffrè.

Igami M. (2017). Estimating the Innovator's Dilemma: Structural Analysis of Creative Destruction in the Hard Disk Drive Industry, 1981-1998. *Journal of Political Economy*: 798 ss.

Jaffe S., Weyl E.G. (2013). The First-Order Approach to Merger Analysis. *American Economic Journal: Microeconomics*: 188 ss.

Jamieson D. (2014). Jimmy John's Makes Low-Wage Workers Sign "Oppressive" Non-compete Agreements. *Huffington Post*.

Kahn A.E. (1988) *The Economics of Regulation: Principles And Institutions*. MIT Press. 2 ed.

Kang C., (2013). Apple Ordered to Change 'Most Favored' E-Book Contracts. *Wash. Post*.

Kaplan G., Sam Schulhofer-Wohl S. (2017). Understanding the Long-Run Decline in Interstate Migration. *International Economic Review*: 57 ss.

Kaplow L. (2013). Market Definition: Impossible and Counterproductive. *Antitrust Law Journal*: 361 ss.

Katz L.F., Krueger A.B. (2016). The Rise and Nature of Alternative Work Arrangements in the United States, 1995– 2015. *National Bureau of Economic Research, Working Paper n. 22667*.

Keane M., Rogerson R. (2015). Reconciling Micro and Macro Labor Supply Elasticities: A Structural Perspective. *Annual Review of Economics*: 89 ss.

Keane M.P., Wolpin K.I. (1997). The Career Decisions of Young Men. *Journal of political Economy*: 473 ss.

Kehrig M., Vincent N. (2021). The micro-level anatomy of the labor share decline. *The Quarterly Journal of Economics*: 1031 ss.

Kennison M.P., Cernak S.J. (2017). How New Pricing Technology Raises New Antitrust Issues. *Law360*.

Khan L.M. (2017). Amazon's Antitrust Paradox. *Yale Law Journal*: 710 ss.

Khan L.M. (2020). The end of antitrust history revisited. *Harvard Law Review*: 1655 ss.

Kline K., Petkova N., Williams H. Zidar O. (2019) Who Profits from Patents? Rent-Sharing at Innovative Firms. *The quarterly journal of economics*: 1343 ss.

Kovacic W.E. (2021). Root and Branch Reconstruction: The Modern Transformation of U.S. Antitrust Law and Policy?. *Antitrust Magazine*. 46 ss.

Kroh E. (2016). The Firms that Handle the Most Antitrust Litigation. *Law360*.

Krotoski M.L. (2018). DOJ Antitrust Division Announces Imminent Criminal Prosecution for “No Poaching” Agreements. *MorganLewis*.

Krueger A.B., Ashenfelter O. (2017). Theory and Evidence on Employer Collusion in the Franchise Sector. *National Bureau of Economic Research, Working Paper n. 24831*.

Krueger A.B., Posner E.A. (2018). A Proposal For Protecting Low-Income Workers From Monopsony And Collusion. *The Hamilton Project Policy Proposal*.

Kwoka J. (2015). Mergers, Merger Control, and Remedies: A Retrospective Analysis of U.S. Policy. MIT Press.

Lamadon T., Mogstad M., Setzler B. (2019). Imperfect competition, compensating differentials and rent sharing in the U.S. labor market. NBER Working Paper n. 25953.

Lancieri F., Posner E.A., Zingales L. (2022) The Political Economy of the Decline in Antitrust Enforcement in the United States. Stigler Center Working Paper Series, 314.

Landes W.M., Posner, R.A. (1997). Market power in antitrust cases. *The Journal of Reprints for Antitrust Law and Economics*: 493 ss.

Lindsay M., Santon K. (2012). No Poaching Allowed: Antitrust Issues in Labor Markets. *Antitrust*.

Lobel O. (2013). *Talent wants to be free: Why we should learn to love leaks, raids, and free riding*. New Haven: Yale University Press.

Loftus P., Roland D. (2018). By Adding Patents, Drugmaker Keeps Cheaper Humira Copies Out of U.S., *Wall Street Journal*.

Lunden I. (2017). Apple Acquires AI Company Lattice Data, a Specialist in Unstructured “Dark Data,” for \$200M. *Techcrunch*.

Mahoney N., Veiga A., Weyl G. (2014). Competition Policy in Selection Markets. *CPI Antitrust Chronicle Submission*.

Manghi B. (1977) *Declinare crescendo. Note critiche dall'interno del sindacato*. Il Mulino.

Mangini V. (1995). La vicenda dell'Antitrust: dallo Sherman Act alla legge italiana n. 287/90. *RDI*: 175 ss.

Manning A, Petrongolo B. (2017). How Local Are Labor Markets? Evidence from a Spatial Job Search Model. *American Economic Review*. 2877 ss.

Manning A. (2003). *Monopsony in motion*. Princeton University Press.

Manning A. (2011). Imperfect Competition in the Labor Market. *Handbook of labor economics*. Vol. 4: 973.

Manning A. (2021). Monopsony in labor markets: A review. *Industrial and Labor Relations Review*: 3 ss.

Marinescu I., Hovenkamp H.J. (2019). Anticompetitive Mergers in Labor Markets. *Indiana Law Journal*: 1031 ss.

Marinescu I., Rathelot R. (2018). Mismatch Unemployment and the Geography of Job Search. *American Economic Journal: Macroeconomics*: 42 ss.

Marx K. (1867). *Capital*. Penguin Books. 1990.

Marx K., Engels F. (1848). *The Communist Manifesto*. Penguin Books. 2006.

Marx M., Singh J., Fleming L. (2015). Regional disadvantage? Employee non-compete agreements and brain drain. *Research Policy*: 394 ss.

Marx M., Strumsky D., Fleming L. (2009). Mobility, Skills, and the Michigan Non-Compete Experiment. *Management science*: 875 ss.

Mas A., Pallais A. (2017). Valuing Alternative Work Arrangements. *American Economic Review*: 3722 ss.

Masini S. (2022). *Abusi di filiera (agro-alimentare) e giustizia del contratto*. Cacucci.

Masterman C.J. (2016). The Customer Is Not Always Right: Balancing Worker and Customer Welfare in Antitrust Law. *Vanderbilt Law Review*: 1387 ss.

Matsudaira J.D. (2014). Monopsony in the Low-Wage Labor Market? Evidence from Minimum Nurse Staffing Regulations. *Review of Economics and Statistics*, 92 ss.

Menzel K. (2015). Large Matching Markets as Two-Sided Demand System. *Econometrica*: 897 ss.

Mestmäcker E.-J. (2019). *Wettbewerb in der Privatrechtsgesellschaft*. Mohr Siebeck.

Michaels D., Kendall B. (2021). U.S. Competition Policy is Aligning with Europe, and Deeper Cooperation Could Follow. *Wall Street Journal*.

Miller E.B. (1984) *Antitrust Laws and employee relations: An Analysis of Their Impact on Management and Union Policies*. Labor Relations and Public Policy Series n. 26, University of Pennsylvania.

Miller R. (2018). U.S. Budget Deficit. *Bloomberg*.

Mirr N.A. (2019). Defending the Right to Repair: An Argument for Federal Legislation Guaranteeing the Right to Repair. *Iowa Law Review*: 2393 ss.

Montgomery D. (1987). *The Fall of the House of Labor*. Cambridge University Press.

Naidu S. (2010). Recruitment Restrictions and Labor Markets: Evidence from the Post-bellum U.S. South. *Journal of Labor Economics*: 413 ss.

Naidu S., Posner E.A., Weyl G. (2018). Antitrust remedies for labor market power. *Harvard Law Review*: 536 ss.

Naidu S., Posner E.A., Weyl G. (2018). Antitrust Remedies for Labor Market Power. *Harvard Law Review*: 536 ss.

Naidu S., Yuchtman N. (2016). Labor Market Institutions in the Gilded Age of American Economic History. *National Bureau of Economic Research, Working Paper n. 22117*.

Naidu S., Posner E.A. (2021). Labor Monopsony and the Limits of the Law. *The Journal of Human Resources*: 1 ss.

Nevo A. (2000). Mergers with Differentiated Products: The Case of the Ready-to-Eat Cereal Industry. *The RAND Journal of Economics*: 395 ss.

Ornstein S.I. (1989). Exclusive Dealing and Antitrust. *Antitrust Bulletin*: 65 ss.

Orren K. (1991). *Belated Feudalism: Labor, the Law, and Liberal Development in the United States*. Cambridge University Press.

Pardolesi R. (2007). Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust? *Mercato Concorrenza Regole*: 119 ss.

Philippon T. (2021). *Tre Great Reversal. How America Gave Up On Free Markets*. Belknap Harvard.

Phillips Sawyer L. (2018). *American Fair Trade: Proprietary Capitalism, Corporatism, And The 'New Competition, 1890-1940*. Cambridge University Press.

Postel-Vinay F., Robin J.M. (2002). Equilibrium Wage Dispersion with Worker and Employer Heterogeneity. *Econometrica*: 2295 ss.

Prince J.T., Simon D.H. (2017). The Impact of Mergers on Quality Provision: Evidence from the Airline Industry. *Journal of Industrial Economics*: 336 ss.

Ransom M.R., Sims D.P. (2010). Estimating the Firm's Labor Supply Curve in a "New Monopsony" Framework: Schoolteachers in Missouri. *Journal of Labor Economics*: 331 ss.

Reynolds L.G., Masters S.H., Moser C.H. (1998). *Labor economics and labor relations*. Prentice-Hall, XI ed.

Reynolds L.G. (1946a). The Supply of Labor to the Firm. *The Quarterly Journal of Economics*: 390 ss.

Reynolds L.G. (1946b). Wage Differences in Local Labor Markets. *The American Economic Review*: 366 ss.

Richberg D.R. (1957). *Labor Union Monopoly: A Clear and Present Danger*. Henry Regnery Company.

Richter N. (2020). "Substantial Embodiments" and "Readily Replaceable Parts": A Contemporary Understanding of the Doctrine of Permissible Repair. *University of Louisville Law Review*: 333 ss.

Rinz K. (2018). Labor Market Concentration, Earnings Inequality, and Earnings Mobility. *Center for Administrative Records Research and Applications Working Paper* 10.

Robinson J. (1933). *The Economics of Imperfect Competition*. Macmillan.

Robinson J. (1953). Imperfect Competition Revisited. *The Economic Journal*: 579 ss.

Robinson S. (2004). Antitrust Lawsuit over Medical Residency System Is Dismissed. *N.Y. Times*.

Rombaut E., Guerry M.A. (2017). Predicting Voluntary Turnover Through Human Resources Database Analysis. *Management Research Review*: 96 ss.

Rowley J.D. (2018). Fiverr's AND CO Acquisition Continues Freelance Consolidation Trend. *Crunchbase News*.

Samuel H.D. (2010). Troubled Passage: The Labor Movement and the Fair Labor Standards Act. *Monthly Labor Review*: 33.

Schmieder J.F., von Wachter T., Heining J. (2018). The Costs of Job Displacement over the Business Cycle and Its Sources: Evidence from Germany. Testo disponibile al sito: [http://www.econ.ucla.edu/tvwachter/papers/Jobloss\\_wp\\_2017\\_2\\_15.pdf](http://www.econ.ucla.edu/tvwachter/papers/Jobloss_wp_2017_2_15.pdf)

Schmitt J. (2013). Why Does The Minimum Wage Have No Discernible Effect On Employment?. Washington, DC: Center for Economic and Policy Research. Testo disponibile al sito: <http://cepr.net/documents/publications/min-wage-2013-02.pdf>

Schragger R.C. (2004). The anti-chain store movement, localist ideology, and the remnants of the progressive constitution, 1920-1940. *Iowa Law Review*: 1011.

Shapiro C. (2018). Antitrust in a Time of Populism. *International Journal of Industrial Organization*: 714 ss.

Shu C. (2014). Google Acquires Artificial Intelligence Startup DeepMind for More than \$500. *Techcrunch*.

Smith A. (1776). *An Inquiry Into The Nature And Causes Of The Wealth Of Nations*. Oxford: Clarendon Press. (ed. 1976).

Soter, K.B. (2018). Causation in Reverse Payment Antitrust Claims. *Stanford Law Review*: 1295 ss.

Spence A.M. (1975). Monopoly, Quality, and Regulation. *The Bell Journal of Economics*: 417 ss.

Staiger D.O., Spetz J., Phibbs C.S. (2010). Is There Monopsony in the Labor Market? Evidence from a Natural Experiment. *Journal of Labor Economics*: 211 ss.

Stansbury A. (2021). Do US Firms Have an Incentive to Comply with the FLSA and the NLRA?. *PIIE Working Paper*.

Starr E., Frake J., Agarwal R. (2019). Mobility Constraint Externalities: How Noncompetes Shackle the Unconstrained. *Organization Science*: 961 ss.

Starr E., Prescott J.J., Bishara N. (2020). Noncompete Agreements in the U.S. Labor Force. *Journal of Law and Economics*: 53 ss.

Steinbaum M. (2019). Antitrust, the Gig Economy, and Labor Market Power. *Law and Contemporary Problems*: 45 ss.

Stigler G.J. (1971). The theory of economic regulation. *The Bell journal of economics and management science*: 3 ss.

Sullivan D. (1989). Monopsony Power in the Market for Nurses. *The Journal of Law and Economics*: 135 ss.

Summers L.H. (2018). The Economy Seems Great, but Secular Stagnation Still Lurks. *Washington Post*.

Teodoro M. (1963). Il concetto di posizione dominante nella dottrina e nelle legislazioni a tutela della concorrenza. *Rivista Internazionale di Scienze Sociali*: 583 ss.

Thornton R.J. (2004). Retrospectives: How Joan Robinson and B.L. Hallward Named Monopsony. *Journal of Economic Perspectives*: 257 ss.

Tomlins C.L. (1993), *Law, Labor, and Ideology in the early American Republic*. Cambridge University Press.

Twomey D.P. (2017). *The Developing Law of Employee Non-Competition Agreements: Correcting Abuses: Making Adjustment to Enhance Economic Growth*. *North Atlantic Regional Business Law Association (NARBLA)*.

Tyler E. (2018). Justice Dept. Is Going After “No-Poach” Agreements. *Bloomberg BNA*.

Van der Klaauw B. (2014). *From Micro Data to Causality: Forty Years of Empirical Labor Economics*. IZA DP No. 8047.

Van der Meulen R., Morrison B. (2018). An Update on Anti-Poach Enforcement and Class Actions. *Law360*.

Vickers J. (2005). Abuse of Market Power. *The Economic Journal*: 244 ss.

Webber D.A. (2015). Firm Market Power and the Earnings Distribution. *Labour Economics*: 123 ss.

Webber D.A. (2016). Firm-Level Monopsony and the Gender Pay Gap. *Industrial Relations: A Journal of Economy and Society*: 323 ss.

Weber L. (2017). Some of the World’s Largest Employers no Longer Sell Things, They Rent Workers. *Wall Street J.*

Weil D. (2017). *The Fissured Workplace*. Cambridge: Harvard University Press. 3 ed.

Weissmann J. (2013). Disability Insurance: America’s \$124 Billion Secret Welfare Program. *The Atlantic*.

Weyl E.G. (2017). Finance and the Common Good. *After The Flood* (Glaeser E.L., Santos T., Weyl E.G., eds.).

Weyl E.G., Fabinger M. (2013). Pass-Through as an Economic Tool: Principles of Incidence Under Imperfect Competition. *Journal of Political Economy*: 528 ss.

Wilburg F. (2000). *The development of a flexible system in the area of private law: inaugural address as Rector magnificus of the Karl-Franzens University in Graz on November*

22, 1950. Manzsche, 2000.

Wilmers N. (2018). Wage Stagnation and Buyer Power: How Buyer-Supplier Relations Affect U.S. Workers' Wages, 1978 to 2014. *American Sociological Review*: 216 ss.

Wu T. (2018). *The Curse of Bigness: Antitrust in the new gilded age*. Columbia Global Report.

Zingales L. (2017). Towards a political theory of the firm. *The Journal of Economic Perspectives*: 113 ss.

Zoppini A. (2020). *Il diritto privato e i suoi confini*. Il Mulino.





*Fin dalla sua costituzione, la Fondazione Giacomo Brodolini si è preoccupata di diffondere la conoscenza dell'attività scientifica e culturale svolta. L'attività editoriale è divenuta nel corso degli anni sempre più intensa, al punto da avviare, nel 1984, una linea nuova per pubblicare i principali risultati dell'attività di ricerca. Nascono i Quaderni della Fondazione Brodolini. Negli anni, viene collezionata una serie di volumi che mettono a disposizione del mondo scientifico, universitario e delle organizzazioni sociali, i risultati dell'attività di ricerca svolta dalla Fondazione in tutti gli ambiti di studio.*