

UNITED STATES DISTRICT COURT, Northern District of California; No. C 04-0807 VRW, September 9, 2004, *United States of America, et al, Plaintiffs, v Oracle Corporation, Defendant*.

I. Con la lunga e appassionata sentenza in epigrafe, il Giudice federale Vaughn Walker, del distretto settentrionale della California, ha approvato la concentrazione tra Oracle Corporation con uno dei suoi più forti concorrenti, PeopleSoft. In estrema sintesi: l'operazione, vagliata in prime cure dall'*Antitrust Division* del Dipartimento di Giustizia nordamericano, acuisce i timori che il mercato dei software dedicati alla gestione di importanti infrastrutture informatiche (il cosiddetto *enterprise application software*) risultasse, a concentrazione ultimata, molto meno contendibile. In particolare, il caso riporta in esponente alcuni nodi cruciali dell'antitrust nel comparto tecnologico, già saliti prepotentemente all'attenzione durante il caso Microsoft di sponda europea (si rinvia in proposito alla scheda redatta nel precedente fascicolo di questa Rivista) e che si vanno sostanzialmente ad impennare sulle modalità di individuazione del mercato rilevante. Quest'ultimo, infatti, ha dimostrato di rappresentare una volta di più la pietra angolare del settore informatico, la cui complessa definizione è suscettibile di determinare, come è accaduto nel caso in esame, il veto posto alla concentrazione (da parte del DoJ), oppure la relativa approvazione. Nonché le schermaglie tra gli esperti chiamati a testimoniare presso la Corte distrettuale – tra i quali Kenneth Elzinga per il Governo, e Jarry Hausman e Tom Campbell in supporto ad Oracle –, che hanno ampiamente sottolineato la centralità di una accorta definizione, anche in presenza di una concentrazione orizzontale con (possibili) effetti unilaterali. Questo in via di prima approssimazione, ma è opportuno ricostruire il caso con ordine.

II. Tutto inizia nel giugno del 2003, allorché Oracle decide di promuovere un'offerta pubblica di acquisto, pari a circa otto miliardi di dollari, nei confronti della rivale PeopleSoft. Immediatamente dopo l'annuncio dell'operazione, il Dipartimento di Giustizia avviava un'istruttoria volta a stabilire se l'operazione avrebbe determinato effetti anticoncorrenziali. Al termine delle indagini, nel febbraio del 2004, il Governo, rappresentato dall'*Antitrust Division* del DoJ e dagli *Attorneys General* di sette stati, intentava l'azione giudiziaria presso la Corte federale, lamentando che la fusione avrebbe prodotto una sostanziale riduzione della concorrenza nel mercato degli *enterprise application softwares* (EAS). Più in dettaglio: gli attori sostenevano che l'acquisizione di PeopleSoft da parte di Oracle avrebbe aumentato il livello di concentrazione, già elevato, nel mercato dei software dedicati alla gestione delle risorse umane (*Human Resource Management* – HRM) e ai servizi finanziari e contabili

(*Financial Management Services* – FMS). La fusione avrebbe eliminato la virtuosa concorrenza tra le due società e ciò sarebbe stato in contrasto con il dettato della Section 7 del Clayton Act (cfr. Title 15 U.S.C. § 18). La riduzione del tasso concorrenziale, sottolineavano gli attori, avrebbe presumibilmente generato un incremento dei prezzi, una diminuzione del livello innovativo e minori possibilità di scelta per aziende, agenzie governative e altre organizzazioni che utilizzavano tali applicazioni informatiche.

Il mercato rilevante, pertanto, veniva individuato in modo restrittivo. Non in riferimento ai software applicativi *tout court* (l'EAS); e nemmeno dal sottoinsieme rappresentato dai software dedicati alla gestione di tutte le attività aziendali (il cosiddetto *enterprise resource planning* software - ERP), ma circoscrivendolo ai prodotti HRM e FMS capaci di gestire le attività di aziende di grandi dimensioni con «*high functional software needs*». Anche dal punto di vista geografico il mercato veniva ristretto agli Stati Uniti. Poiché Oracle e PeopleSoft, oltre che SAP, rappresentavano le uniche società in grado di offrire software HRM e FMS per grandi clienti (*large complex enterprises*), la concentrazione avrebbe creato un duopolio e, contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione europea (v. *infra*, punto VI), limitato la concorrenza. Questi, in estrema sintesi, i rilievi avanzati nel *complaint* presentato alla Corte distrettuale.

III. Il nodo che il giudice distrettuale doveva sciogliere era anzitutto quello della corretta definizione del mercato rilevante. In altri termini, se i prodotti HRM e FMS con elevata funzionalità, e quindi in grado di supportare le attività di migliaia di utenti nell'ambito di una stessa azienda e numerose decine di migliaia di transazioni ed operazioni finanziarie, rappresentassero un mercato rilevante distinto da altri software per la gestione delle attività aziendali (ERP), ma anche dagli stessi software HRM e FMS dedicati a clienti di limitate dimensioni (*mid-market customers*). Solo in seconda battuta sarebbe stato possibile rilevare se la concentrazione aveva luogo in un mercato oligopolistico, se i prodotti erano omogenei o differenziati, e se – in chiave prospettica – si sarebbe potuta determinare una *substantial lessening of competition* anche attraverso l'adozione di condotte con effetti unilaterali.

Gli attori, al fine di supportare tale individuazione del mercato, chiamavano a testimoniare numerosi clienti di Oracle e PeopleSoft, oltre che esperti appartenenti ai settori industriale, informatico e accademico. Per ciò che attiene alla domanda, la quasi totalità dei testimoni manifestava preoccupazione per la concentrazione, affermando che, per la gestione dei servizi HRM e FMS, si utilizzavano i software prodotti da PeopleSoft, Oracle e SAP. Inoltre, la maggior parte degli stessi sottolineava che, in presenza di un incremento di prezzo del dieci per

cento (SSNIP test), non avrebbe modificato le relative preferenze o adottato altre soluzioni, come la gestione in *outsourcing* di tali servizi, o l’acquisto del software da altre società, oppure ancora l’implementazione *in-house* delle funzionalità necessarie. In modo speculare ed opposto, larga parte dei clienti che Oracle chiamava a testimoniare sosteneva di aver preferito soluzioni quali l’*outsourcing* dei servizi HRM e FMS e che comunque considerava economicamente vantaggiose anche le altre opzioni.

Il giudice Walker, pur riconoscendo la competenza tecnica dei testimoni, sottolineava che la definizione del mercato poggia sulla nozione di ragionevole sostituibilità tra prodotti (in ossequio al celebre e risalente caso Du Pont; cfr. *United States v du Pont & Co*, 353 US 586, 1957), che si basa sul prezzo, utilizzo e qualità degli stessi. I testimoni dell’accusa, affermava il giudice, si erano invece limitati a manifestare le loro preferenze (circoscritte ai tre prodotti): non si erano impegnati in un’analisi costi-benefici volta a dimostrare che, in presenza di un ipotetico incremento del prezzo a seguito della concentrazione, non sarebbe stato profittevole optare per soluzioni alternative.

Il medesimo risultato si riproduceva nel momento in cui gli attori facevano testimoniare i consulenti informatici e alcuni concorrenti di Oracle, tra cui la stessa PeopleSoft. I consulenti informatici, infatti, affermavano che solo i prodotti di Oracle, PeopleSoft e SAP avevano il livello di funzionalità tale da soddisfare le esigenze di *large complex enterprises*. E tale peculiarità dei software veniva successivamente ribadita dai rappresentanti dell’industria, tra i quali il vice presidente di PeopleSoft (che si era vigorosamente opposto all’operazione e aveva esercitato una cospicua attività di *lobbying* presso il DoJ fin dall’annuncio dell’operazione). Questi si era sforzato di evidenziare che i tre prodotti erano gli unici ad appartenere al cosiddetto *up-market* e che né altri concorrenti, né soluzioni alternative erano in grado di soddisfare le complesse esigenze dei clienti. Ciò nonostante, i testimoni non riuscivano a dimostrare che l’appartenenza a tale mercato si basava sulle caratteristiche del software: la funzionalità dei prodotti, la scalabilità (vale a dire la possibilità di aggiungere o togliere funzionalità) e l’elevata flessibilità. Al contrario, e come risultava da documenti interni, erano soliti definire il mercato in riferimento alla clientela: i clienti *mid-market* erano quelli con fatturato annuo fino a cinquecento milioni di dollari o con duemila dipendenti; mentre l’*up-market* era il settore individuato da soglie, di fatturato e dipendenti, superiori. Non sembrava esserci, come sottolineava il giudice nelle conclusioni, alcun riferimento alle caratteristiche intrinseche dei prodotti.

IV. Si arrivava così alle testimonianze degli esperti. Anzitutto del prof. Elzinga, chiamato a supportare le tesi dell'accusa. Questi, per circoscrivere il mercato rilevante ai software HRM e FMS con elevata funzionalità, si basava su diversi elementi. Il primo era rappresentato dagli sconti applicati da Oracle. Elzinga, dopo aver analizzato diverse centinaia di autorizzazioni ad effettuare gli sconti da parte dei promotori di Oracle, sottolineava che gli stessi si basavano sul tentativo di sottrarre i potenziali clienti alla concorrenza. E, nella quasi totalità dei casi, la concorrenza era rappresentata dai prodotti di Peoplesoft e SAP.

Non solo: Elzinga tentava di dimostrare che non vi era sostituibilità di tali prodotti con quelli offerti da altri operatori, sostenendo che anche le cinque maggiori società di consulenza (Accenture, IBM Global Services, BearingPoint e CGEY) li consideravano gli unici in grado di assolvere le esigenze informatiche di utenti di grandi dimensioni. Infine, riportava i dati di un'indagine, condotta dalla stessa Oracle, volta ad individuare i propri concorrenti. Anche in questo caso, la quasi totalità delle risposte si appuntava su PeopleSoft e SAP. Sulla base di tali rilievi, concludeva che una concentrazione tra le due società avrebbe elevato a circa il cinquanta per cento la quota di mercato nel settore FMS e a circa il settanta in quello HRM. L'indice di concentrazione (HHI) sarebbe passato nel primo caso da 2800 a 3800; e, nel secondo, da 2800 a 5700. E, stando al tenore delle *FTC Horizontal Merger Guidelines*, ciò acuiva i rischi di effetti anticoncorrenziali.

Sul versante opposto, Oracle articolava la strategia difensiva sostenendo che non solo non esisteva una demarcazione netta tra *hi-market* e *mid-market*, ma che la gestione del HRM e FMS potevano essere operate da altri soggetti o ricorrendo a soluzioni alternative. Il presidente della Lawson Software, ad esempio, affermava di vendere i propri prodotti a utenti di grandi dimensioni (ben al di sopra delle soglie individuate dagli attori) e con esigenze di complessità pari a quelle dei clienti di Oracle, PeopleSoft e SAP. Anche il vice presidente della SAP ribadiva che la segmentazione del mercato era meramente apparente e che si trovava spesso a competere nell'ipotetico *hi-market* con numerosi concorrenti, non solo con PeopleSoft e Oracle.

Inoltre, gli esperti in supporto ad Oracle, i professori Hausman (MIT) e Campbell (Berkeley) sostenevano che la definizione del mercato prospettata dal Governo appariva irrealistica, eccessivamente restrittiva e oltremodo ondivaga: dapprima si era basata sulla tipologia dei clienti e successivamente sulle caratteristiche dei prodotti. Ma, in tale ultimo caso, non era possibile fornire una definizione, economicamente affidante, del software con *high functionality*. Tuttavia, anche assumendo che esistesse un mercato degli HRM e FMS con elevata funzionalità, dovevano essere considerate nel mercato rilevante, per le caratteristiche di

sostituibilità, anche le soluzioni alternative. In particolare, Hausman faceva notare che società con elevata complessità di applicazioni informatiche (come Bank of America, Sony e American Express) avevano scelto di affidare in *outsourcing* la gestione dei propri servizi; e che diverse istituzioni governative, tra le quali il DoJ, avevano preferito i software di altri produttori, piuttosto che quelli offerti da Oracle, PeopleSoft e SAP.

V. In conclusione, il giudice Walker affermava che il Governo non era riuscito a provare che esistesse un mercato degli *high function* HRM e FMS software e che le stesse testimonianze degli esperti avevano, ironicamente, contribuito ad alimentare la convinzione che non fosse possibile operare una netta demarcazione. Per tale motivo, ribadiva che l'*outsourcing* doveva essere considerata una soluzione alternativa e che le stesse *mid-market solutions* erano sostituibili con i prodotti di Oracle, PeopleSoft e SAP. Aggiungeva altresì che la concorrenza potenziale (in particolare da parte di Microsoft, che non era riuscita ad acquisire SAP, ma che aveva concluso un accordo con BearingPoint) aveva la possibilità (e profittabilità) di offrire prodotti più complessi qualora la concentrazione avesse dato luogo ad un significativo incremento dei prezzi. Inoltre, faceva notare che i software dedicati alla gestione delle attività aziendali, tra i quali i due oggetto di attenzione, erano spesso venduti in *packages* (ai quali si applicavano complessivamente gli sconti), ma che era anche possibile acquistarli separatamente. Se la concentrazione avesse condotto ad un aumento dei prezzi, i clienti avrebbero potuto acquistare singolarmente le diverse funzionalità da altri operatori (i cosiddetti *best of breed vendors*).

Anche in relazione al mercato geografico, il giudice sosteneva che l'area da prendere in considerazione fosse planetaria e non ristretta agli Stati Uniti. Gli attori, al contrario, avevano cercato di restringere il mercato, nel tentativo di sottostimare la quota di SAP (stabilita in Germania) e per dar forza alla convinzione che la fusione tra Oracle e PeopleSoft avrebbe generato ulteriore concentrazione, aprendo la strada ad effetti unilaterali (*i.e.*: aumento dei prezzi e contingentamento delle quantità). Il giudice criticava altresì la scelta di Elzinga di non applicare il test di sua creazione (l'Elzinga-Hogarty test) per l'individuazione del mercato geografico. Il test si basa sul presupposto che, se all'interno di un mercato vi è un ammontare di importazioni ed esportazioni maggiore del dieci per cento, il mercato esaminato non è rilevante. Ma, in questo caso, Elzinga sosteneva che l'aspetto rilevante era il luogo in cui il software veniva implementato per rispondere alle esigenze dei clienti e dove erano offerti i servizi di assistenza. Il giudice Walker, al contrario, metteva in rilievo che, qualora si fosse applicato il test, il mercato sarebbe risultato planetario e che, sebbene le relazioni commerciali

fossero importanti, non si poteva escludere o sottostimare il ruolo di soggetti attivi principalmente al di fuori del mercato nordamericano. Un incremento di prezzo sul mercato americano avrebbe presumibilmente aumentato le importazioni di prodotti dall'estero.

L'ultima chiosa del giudice si appuntava sugli effetti unilaterali. Faceva infatti notare, poggiando su autorevole dottrina, che la teoria degli effetti unilaterali si basa sull'esistenza di un mercato localizzato (in termini di qualità dei prodotti e loro dislocazione) con un unico offerente e un gruppo di clienti senza potere d'acquisto. Solo nel caso in cui gli attori avessero dimostrato che esisteva un'area di concorrenza localizzata tra Oracle e PeopleSoft, vale a dire un significativo numero di clienti che consideravano i relativi prodotti come le loro prime (due) scelte, si sarebbero potuti preconizzare gli effetti del potere monopolistico derivante dalla concentrazione, come l'aumento unilaterale dei prezzi. Ma tale constatazione non era stata fornita.

Per tali motivi, pur non dando credito alle motivazioni di *efficiency defense* avanzate da Oracle, affermava che gli attori non erano stati in grado di dimostrare l'esistenza del mercato rilevante da loro individuato, e che, all'interno di tale mercato, la concentrazione avrebbe dato luogo ad una sostanziale riduzione della concorrenza. Pertanto, non era possibile accogliere la richiesta del Governo di proibire la concentrazione.

VI. Quella sin qui tratteggiata è solo parte dell'intera vicenda, che tuttavia moltiplica i motivi di interesse per la lettura del percorso comunitario. Oracle, infatti, notificava anche alla Commissione Europea, nell'ottobre del 2003, il progetto di concentrazione (cfr. Caso COMP/M.3216 - Oracle/PeopleSoft, in GUUE 2003/C 252/03), a seguito del quale la Commissione avviava un'istruttoria, conclusa il 26 ottobre del 2004. Nelle more della pubblicazione della decisione, ma facendo affidamento sulla relativa *press release* (cfr. European Commission, IP/04/1312), appare scontato sollevare alcuni interrogativi. Nel documento, infatti, si evidenzia che i software HRM e FMS dedicati ad aziende di grandi dimensioni, con *high functional software needs*, costituiscono un mercato (rilevante) separato rispetto alle omologhe soluzioni destinate al *mid-market*. In altri termini, la Commissione sembra aver circoscritto il mercato, differentemente da quanto deciso dal giudice Walker, in modo conforme alle prospettazioni declinate nella recente controversia con Microsoft. In quel caso, la DG IV aveva individuato in modo restrittivo il mercato dei sistemi operativi per gruppi di lavoro, ritenendo che dovesse circoscriversi ai sistemi operativi installati sugli *entry level servers*, vale a dire i server che solitamente non vengono utilizzati per applicazioni complesse. Si era adottata una definizione *task-based*, non riponendo credito nella considerazione che il

sistema operativo è sostanzialmente il medesimo indipendentemente dal server su cui viene implementato e che la distinzione deve essere eventualmente rintracciata nelle caratteristiche dell'hardware.

In tale prospettiva, se la Commissione ha deciso di mantenere l'impostazione à la Microsoft, ritagliando un mercato degli «*high-function*» HRM e FMS software, e quindi acconsentendo alla creazione di un duopolio tra Oracle e SAP, viene da chiedersi perché sia stata autorizzata la concentrazione. Più precisamente: se non esiste sostituibilità tra i prodotti dell'*up-market* con quelli del *mid-market*, tanto da cristallizzare due mercati distinti, appare corretto domandarsi quali siano gli elementi (*rectius*, le efficienze) in grado di controbilanciare la riduzione di concorrenza associata alla diminuzione dei soggetti. Detta altrimenti: è possibile ritenere che la concorrenza potenziale, come sembra leggersi tra le righe della *press release*, possa giustificare il *merger (to duopoly)*? Probabilmente, solo la lettura della decisione permetterà di sciogliere tali dubbi.

VII. Sulla base dei rilievi sin qui appuntati, c'è appena lo spazio per operare un'ultima, telegrafica osservazione sull'importanza di una corretta definizione del mercato nel caso di concentrazioni orizzontali in grado di generare effetti unilaterali. Negli Stati Uniti, gli attori hanno cercato di ritagliare un mercato (con prodotti differenziati) che consentisse loro di fare affidamento sugli strumenti (econometrici) particolarmente evoluti, tali da far emergere gli effetti unilaterali e agitare lo spettro di una probabile *substantial lessening of competition*; prassi che, a far data dall'emanazione delle Guidelines del 1992, le *agencies* a 'stelle e strisce' hanno applicato con crescente convinzione. Ma il giudice Walker, nel traguardare quella che si voleva fosse letta come concorrenza monopolistica, ammonisce sulla necessità di una corretta e puntuale analisi economica: ciò che lo induce, nonostante i tentativi del Governo, a dilatare il mercato, facendovi confluire tutte le soluzioni alternative.

Il monito e le riflessioni, del giudice Walker non sembrano, invece, essere giunte fino a Bruxelles. Lo snodo principale riceve soluzione opposta: sul quadrante comunitario si è optato per una definizione restrittiva del mercato. Data questa premessa, c'era da aspettarsi che la concentrazione fosse valutata negativamente. Ma le cose, forse perché *in itinere* era stata emanata la sentenza americana, hanno preso una piega differente. Un altro 'scontro', come quello registratosi sul caso Microsoft, sarebbe stato troppo!

Permane tuttavia anche un interrogativo. La notifica perveniva alla Commissione in conformità all'articolo 4 del regolamento (CEE) n. 4064, motivo per cui la concentrazione sembra rientrare nel relativo campo d'applicazione (cfr. art. 26, comma 2, del regolamento CE

n. 139/2004). E allora, delle due, l'una: se la decisione è stata resa sulla base dell'oramai abrogato regolamento, non può non sottolinearsi una volta di più come lo stesso fosse poco acconcio a considerare la dimensione degli effetti unilaterali, rinviando al futuro il banco di prova del nuovo paradigma di posizione dominante per casi complessi come questo. Oppure, se si è fatto affidamento sul regolamento n. 139/2004, ci si domanda perché il richiamo del *considerando 25* (vale a dire la maggior attenzione a dichiarare incompatibili concentrazioni con effetti unilaterali) non sia stato preso in considerazione. Ad ogni modo, ciò contribuisce a moltiplicare i motivi di interesse per il caso e ad alimentare l'attesa per la pubblicazione della decisione.

Nota bibliografica

Per un'analisi del nuovo regolamento europeo sulle concentrazioni, si faccia riferimento a M. Grillo, L. Magnani, *Valutazione antitrust delle concentrazioni in mercati oligopolistici*, in «Mercato concorrenza regole», 2004, I, 217; A. Heimler, *Per le fusioni non servono nuovi test. Basta la posizione dominante*, in «Mercato concorrenza regole», 2003, III, 563; P. Cassinis, P. Saba, *La riforma comunitaria sul controllo delle concentrazioni*, in «Le nuove leggi civili commentate», 2004, fasc. 3, 405; J. Fingleton, D. Nolan, *Mind the Gap. La riforma del regolamento comunitario sulle concentrazioni*, in «Mercato concorrenza regole», 2003, II, 309; P. Sabbatini, *Concentrazioni. Le tre sconfitte della Commissione in Tribunale*, in «Mercato concorrenza regole», 2003, I, 159. Si vedano anche C. Osti, R. Pardolesi, *Falsi amici: le concentrazioni in Europa e negli Stati Uniti*, in «Giurisprudenza commerciale», 2002, fasc. 2, 153; C. Osti, R. Pardolesi, *La decisione della Commissione CE sul caso General Electric/Honeywell*, in «Giurisprudenza commerciale», 2002, fasc. 2, 311.

In relazione agli effetti unilaterali, si rinvia a J. Hausman, G. Leonard, *Economic Analysis of Differentiated Products Mergers Using Real World Data*, in 5 «George Mason Law Review», 321, 1997; C. Shapiro, *Mergers with Differentiated Products*, in 10 «Antitrust» 23, 1996; R. Starek, S. Stockum, *What Makes Mergers Anticompetitive?: "Unilateral Effects" Analysis Under the 1992 Merger Guidelines*, in 63 «Antitrust Law Journal» 801, 1995; L. Froeb, G. Werden, *The Effects of mergers in Differentiated Products Industries: Logit Demand and Merger Policy*, in 10 «The Journal of Law, Economics and Organization», 407, 1994; J. Baker, T. Bresnahan, *The gains from merger or collusion in product differentiated industries*, in 33 «Journal of Industrial Economics» 427, 1985; nonché il rapporto redatto per la Commissione Europea da M. Ivaldi, B. Jullien, P. Rey, P. Seabright, J. Tirole, *The Economics of Unilateral Effects*, IDEI, Toulouse, November 2003, disponibile on-line all'indirizzo: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review>.

[ANDREA GIANNACCARI]