

IL CASO ORACLE (EUROPEO)

COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, decisione 26 ottobre 2004, caso Comp/M. 3216, *Oracle/PeopleSoft*.

I. La decisione in epigrafe rappresenta l'atto conclusivo, su sponda comunitaria, della concentrazione (orizzontale) tra Oracle e PeopleSoft approvata da Judge Walker, del distretto settentrionale della California, nel settembre del 2004. Il caso contribuisce ad elevare ad esponente alcune questioni cruciali dell'antitrust contemporaneo, come la definizione del mercato e l'analisi degli effetti (unilaterali) anticoncorrenziali, in un settore centrale del capitalismo digitale –quello informatico–, spesso al centro di spinose valutazioni, tanto più interessanti se guardate in ottica comparatistica.

Nella difficoltà di ripercorrere in questa sede tutte le fasi della vicenda, si appunterà l'attenzione sugli snodi principali della concentrazione europea, rimandando alla scheda redatta nel precedente fascicolo della Rivista (cfr. Il caso Oracle, *Mercato concorrenza regole*, 2004, 593 ss.) la ricostruzione del caso nell'esperienza a 'stelle e strisce'. Dall'altra parte dell'oceano, infatti, si è assistito alla *clearance* della corte federale, la quale, oltre a sconfessare i rilievi anticoncorrenziali avanzati dal *DoJ*, ha definito le modalità di applicazione della dottrina degli effetti unilaterali, sottolineando la necessità di disporre di prove rigorose per speculazioni incentrate sull'efficienza. Anche sul quadrante comunitario, la Commissione è giunta, al termine dell'istruttoria, all'autorizzazione dell'operazione, ma sulla base di valutazioni differenti, in particolare con riferimento all'individuazione del mercato rilevante. Per tale ragione appare opportuno riassumere il caso, con riserva di operare alcune telegrafiche osservazioni nelle chiose conclusive.

La vicenda si è così articolata: la Commissione riceveva, nell'ottobre del 2003, ai sensi dell'art. 4 del Regolamento n. 4064/89, la notifica dell'operazione con la quale Oracle si proponeva di acquisire, attraverso un'*opa ostile*, il controllo di PeopleSoft. Veniva pertanto avviata l'istruttoria, nel corso della quale gli uffici di Bruxelles chiedevano ripetutamente ad Oracle, in taluni casi infruttuosamente, informazioni sulla concentrazione. La Commissione inviava quindi, nel marzo del 2004, il suo *Statement of Objections*, sostenendo che la fusione avrebbe creato, sul territorio comunitario, una posizione dominante tale da impedire un'effettiva concorrenza. Dopo un'ulteriore richiesta di documentazione ad Oracle, la Commissione sospendeva la decisione per circa sei mesi e approdava alla formalizzazione del provvedimento sul finire dell'ottobre del 2004.

Tali passaggi, oltre a testimoniare la complessità delle indagini, mettono in rilievo, già in prima battuta, due aspetti: anzitutto, che il giudizio sull'operazione si è protratto per oltre un anno, candidando la concentrazione al *palmarès* dei procedimenti più duraturi dell'esperienza comunitaria; inoltre, che la Commissione ha sospeso il giudizio nella fase finale dell'istruttoria, anche nella prospettiva di far confluire nella decisione prove emerse presso la corte distrettuale californiana. E la constatazione torna utile, come si osserverà meglio nel prosieguo, anche per declinare la riflessione su uno degli aspetti centrali della vicenda: la definizione del mercato rilevante.

II. Il punto era davvero cruciale. Bisognava capire quale fosse il mercato dei cosiddetti *enterprise application softwares* (EAS), che costituivano il *core business* delle due società, vale a dire dei software utilizzati per l'automatizzazione dei (numerosi) processi aziendali, classificati commercialmente in varie tipologie *-pillars-* in relazione alle funzioni in grado di svolgere. Tali pilastri vengono solitamente suddivisi in tre categorie: 1) le applicazioni dedicate all'amministrazione delle risorse aziendali, tra le quali rientrano i software che gestiscono le risorse umane (*Human Resources*, HR) e le risorse finanziarie (*Financial Management System*, FMS); 2) quelle che tengono sotto controllo le informazioni con i clienti (*Customer Relationship Management*, CRM); 3) infine, quelle che amministrano le diverse fasi di produzione (*Supply Chain Management*, SCM).

La definizione del mercato, in prospettiva antitrust, appariva tuttavia complessa per diverse ragioni. Anzitutto perché tali software non sono completamente standardizzati, ma è possibile l'adattamento in funzione delle esigenze degli utenti finali, offrendo pertanto soluzioni *customized*. Le caratteristiche di modularità dei programmi, nel consentire di integrare o aggiungere funzionalità proprie di prodotti differenti, contribuivano quindi a rendere incerta la linea di demarcazione tra i vari mercati.

Inoltre, si riscontrava una frammentazione particolarmente marcata dal lato dell'offerta. Alcune società produttrici di software applicativi, infatti, adottano modelli commerciali basati sulla vendita di *suites*, vale a dire software integrati in grado di gestire le varie funzionalità di un *pillar*: Oracle, PeopleSoft e SAP rientravano in questa categoria essendo solitamente individuati come *suite suppliers*. Altri operatori, al contrario, indirizzano la produzione su specifiche applicazioni (*best of breed providers*), talvolta limitate ad un unico modulo (*point solution providers*), commercializzando pertanto singoli prodotti.

Per di più, la stessa Commissione sottolineava che i meccanismi d'asta utilizzati per la vendita di soluzioni EAS rendevano difficile una distinzione basata sul prezzo: la pratica degli

sconti per l'acquisto delle licenze era particolarmente diffusa e in grado di ridurre dell'80-90% il prezzo di listino (cfr. § 43). Non solo: la manutenzione e l'aggiornamento dei software, così come gli altri servizi di assistenza post vendita, erano spesso acquistati separatamente rispetto ai prodotti informatici.

Come individuare il mercato, dunque? Quale *proxy* utilizzare? La Commissione decideva di definire il mercato inviando questionari agli utenti di prodotti EAS, alle aziende produttrici del software e facendo attenzione alla classificazione effettuata da imprese specializzate nel monitorare il mercato (come il Gartner Group). Venivano inoltre analizzati i pattern di domanda delle imprese, operando una distinzione a seconda delle specifiche funzionalità. In sintesi: l'indagine si concentrava, da un lato, sull'utenza finale; dall'altro, sulla funzionalità dei software, tentando di tracciare una linea di separazione tra prodotti semplici e prodotti più complessi (cfr. § 55).

Sulla base delle risultanze ottenute, la Commissione individuava il mercato, nello *Statement of Objections* (quindi, nel marzo del 2004), circoscrivendolo ai prodotti HR e FMS capaci di gestire le attività di aziende di grandi dimensioni con domanda di software di elevata funzionalità («*high functional software needs*»). La definizione risultava identica a quella fornita dal *DoJ*, tanto da indurre Oracle a lamentare una recezione passiva, non supportata da argomentazioni di matrice economica. L'unica differenza atteneva al mercato geografico: la Commissione riteneva che questo fosse globale, mentre il *DoJ* lo aveva limitato al territorio nord americano (valutazione successivamente rigettata dalla corte distrettuale).

In tale mercato, venivano individuati solo tre fornitori di software: Oracle, PeopleSoft e SAP. Com'è ovvio, tale delimitazione lasciava presumere che la concentrazione avrebbe diminuito la contendibilità del mercato e che sarebbe stato automatico giungere alla bocciatura dell'operazione.

III. La Commissione, tuttavia, decideva di tornare, nella fase conclusiva del procedimento, sulla definizione del mercato approdando a conclusioni differenti, non tanto in relazione all'approccio di definizione del mercato, quanto ai soggetti attivi nel settore. A tal riguardo, sembra possibile ritenere –ma la stessa Commissione lo lascia intendere tra le pieghe delle decisioni (si veda, ad esempio, quanto affermato ai §§ 21 e 57)– che le risultanze istruttorie provenienti dalla corte distrettuale californiana abbiano inciso profondamente sulle riflessioni successive all'invio dello *Statement of Objections*.

Da parte sua, Oracle articolava la difesa principalmente su due linee argomentative. Anzitutto, sosteneva che la demarcazione rintracciata dalla Commissione soffriva di circolarità

ed era del tutto arbitraria: non era possibile creare uno iato tra la parte alta e quella intermedia del settore (vale a dire tra l'*up-market* e il *mid-market*). In particolare, non sembrava corretto ritagliare un sottoinsieme dell'EAS (i prodotti HR e FMS), tanto più che le caratteristiche del software individuate dalla Commissione non erano rilevanti per un'unica categoria di imprese.

Inoltre, ed era la seconda principale tesi difensiva, anche nell'ambito di un mercato così ristretto non era possibile ritenere che operassero unicamente PeopleSoft, SAP e la stessa Oracle: altri produttori partecipavano spesso alle gare per l'aggiudicazione delle forniture di software, circostanza confermata dalla constatazione che diverse imprese multinazionali avevano concluso contratti con altre società, oltre ai tre principali *players*.

Ciò nonostante, la Commissione precisava che esistevano numerose differenze capaci di marcare la distinzione tra l'*high-function* (HR e FMS) software e i corrispondenti programmi appartenenti al *mid-market*. Anzitutto in relazione alle caratteristiche dei prodotti: i software dell'*high market* hanno, infatti, un'elevata funzionalità che consente lo svolgimento di molte operazioni. Tra l'altro, i programmi risultano maggiormente flessibili rispetto alle soluzioni del *mid-market*, motivo per cui possono essere adattati e configurati in linea con le esigenze dell'utenza finale. Inoltre, tali software palesano una maggiore scalabilità, vale a dire la possibilità di gestire contemporaneamente un elevato volume di utenti (nell'ordine delle decine di migliaia) e di transazioni. Infine, i programmi con alta funzionalità hanno un'architettura in grado di adattarsi all'attività di aziende dotate di numerose filiali, dislocate in paesi differenti, gestendo operazioni in contesti (giuridici ed economici) differenti. Per di più, il livello di complessità dei software richiede un'assistenza quotidiana, solitamente assente per i prodotti destinati al *mid-market*. L'insieme di tali caratteristiche –alta funzionalità, elevata scalabilità, complessa architettura, capacità di gestire operazioni di filiali diverse e assistenza continua– inducevano la Commissione a mantenere inalterata la definizione del mercato di prodotto e la distinzione tra *high-function* e *mid-market* software.

Rimaneva tuttavia da chiarire cosa dovesse intendersi per *large enterprises*. In tale prospettiva, la Commissione, diversamente da quanto sostenuto dal giudice Walker, sottolineava che la soglia per individuare le aziende di grandi dimensioni (con domanda di software di elevata funzionalità) fosse da rintracciare o attraverso il volume di fatturato annuo (in tal caso superiore a 1 miliardo di euro); oppure in riferimento al numero di dipendenti (almeno pari a 10000 unità). Ciò almeno in relazione alla dimensione dell'utenza finale. Quanto alle caratteristiche del prodotto, si precisava che la *high functionality* dovesse essere rintracciata nei programmi con un prezzo della licenza almeno pari ad un milione di euro: tale

benchmark sembrava appropriato per individuare i software HR e FMS con elevati standard di complessità.

Fin qui, comunque, le puntualizzazioni non mutavano la sostanza di quanto sostenuto nello *Statement of Objections*. Tanto più che, contrariamente a quanto affermato dal giudice Walker, la Commissione evidenziava che né i *best of breed providers*, né le società che gestiscono in *outsourcing* le complesse esigenze informatiche, potessero considerarsi concorrenti di Oracle, PeopleSoft e SAP (cfr. §§ 99 e 109 della decisione; e United States District Court, Northern District of California; No. C 04-0807, a p. 140 ss.). Nessuna delle due soluzioni poteva quindi ritenersi alternativa rispetto ai prodotti offerti delle tre società.

Ma, allora, come concedere la *clearance*? Il cambiamento più rilevante, e cruciale ai fini della decisione, era relativo ai soggetti che operavano in un mercato ritagliato in modo tanto ristretto. Su tale aspetto, la Commissione cambiava radicalmente rotta rispetto a quanto sostenuto in precedenza, precisando che il numero di operatori attivi fosse superiore a quello indicato nello *Statement of Objections*. Sulla base dell'analisi di mercato, infatti, la Commissione evidenziava che altre cinque società –Lawson, Intentia, IFS, QAD e Microsoft–, sebbene fossero principalmente attive nel *mid-market*, si erano aggiudicate commesse di software HR e FMS con valori della licenza superiori a un milione di euro. Concludeva pertanto che dovessero considerarsi dirette concorrenti di Oracle, PeopleSoft e SAP.

IV. L'aumento del numero di *competitors* nel mercato faceva inoltre vacillare le già fragili conclusioni a cui si era pervenuti in relazione agli effetti (unilaterali) dell'operazione. La Commissione, infatti, all'epoca dello *Statement of Objections* era giunta alla conclusione che la concentrazione in un mercato oligopolistico (tra i tre soggetti), avrebbe determinato una riduzione della concorrenza e aperto la strada a effetti non cooperativi anticompetitivi. Per suffragare tale valutazione, si era basata su due analisi differenti. Da un lato, aveva effettuato una simulazione utilizzando le quote di mercato delle diverse società: pur rilevando la difficoltà nell'individuare le quote degli operatori in un mercato dai contorni tanto sfuggevoli, aveva stimato che Oracle e PeopleSoft avrebbero raggiunto, dopo la concentrazione, una quota di mercato pari al 31%, nel settore FMS, e al 51% in quello HR. Inoltre, utilizzando un'analisi econometrica basata su dati forniti dalla stessa PeopleSoft, aveva sottolineato che sussisteva una relazione diretta tra il numero di partecipanti alle aste per l'aggiudicazione delle commesse e il livello di sconti applicati da PeopleSoft.

Tuttavia, nella decisione finale, la Commissione sottolineava, contrariamente a quanto paventato nello *Statement of Objections*, che le analisi non fornivano una prova evidente che la

concentrazione avrebbe potuto favorire l'emergere di effetti non coordinati. Al contrario, basandosi sulle risultanze istruttorie emerse nel corso del giudizio presso la corte distrettuale californiana, nonché sui dati forniti da Oracle a seguito dell'*oral hearing*, evidenziava come non fosse possibile mantenere l'impostazione iniziale. In particolare, e in riferimento agli effetti non coordinati, effettuava una complessa analisi econometrica a seguito della quale concludeva che né il numero di concorrenti, né la loro identità (ad esempio PeopleSoft) consentivano di rintracciare una relazione diretta con gli sconti applicati da Oracle. In altri termini, l'assenza di effetti diretti tra l'identità e il numero di concorrenti e la condotta di Oracle non poteva costituire una prova per l'ipotetica anticompetitività della fusione.

Quanto agli effetti coordinati, anch'essi inseriti nello *Statement of Objections* per censurare la concentrazione, la Commissione sosteneva che non fosse più possibile considerare la loro (ipotetica) valenza anticoncorrenziale in un mercato in cui erano presenti più di tre soggetti. L'ipotesi di coordinamento, nonostante gli altri operatori fossero principalmente attivi nel *mid-market*, era resa difficile per diverse ragioni: il numero di soggetti da coordinare, in un mercato non più individuato su base duopolistica, era elevato; inoltre, i prodotti erano tra loro differenti e la clientela estesa a livello planetario; infine, il mercato non era trasparente (anche in virtù della prassi degli sconti) e ciò rendeva complesso sia l'accordo tra le parti, sia anche il controllo reciproco delle condotte. L'insieme di tali fattori portava la Commissione a ritenere che fosse difficilmente realizzabile una condotta coordinata tra numerosi soggetti volta all'allineamento dei prezzi, alla spartizione della clientela o al rallentamento dell'innovazione tecnologica. Ovvio, quindi, che l'allargamento del mercato, in relazione al numero di operatori, faceva cadere tutte le valutazioni fatte in prime cure (e inserite nello *Statement of Objections*), inducendo la Commissione a dare il via all'operazione senza porre alcuna condizione.

V. In conclusione, leggendo il caso in raccordo con quanto emerso oltreoceano, c'è appena lo spazio per operare alcune brevi osservazioni. Anzitutto sul vistoso cambio di rotta tra quanto sottolineato nello *Statement of Objections* e la decisione finale. Il dato fa riflettere non solo perché la decisione rientra nel ristretto novero di provvedimenti in cui si è assistito ad un orientamento tanto oscillante nel corso del giudizio, quanto per le modalità attraverso le quali quest'ultimo si è delineato. Le risultanze sulle quali basare le considerazioni conclusive sono state infatti recepite nella fase finale del procedimento, facendo ampio affidamento sulle speculazioni effettuate dal giudice Walker. Di là dagli effetti positivi che questa forma di 'osmosi giudiziaria' ha prodotto, resta il dubbio che sul caso abbiano pesato condizionamenti estranei a quelli che le leggi economiche e giuridiche solitamente determinano.

La Commissione, inoltre, pur giudicando il caso sulla base dell'abrogato regolamento 4064/89 (il che mette tra l'altro in discussione la legittimazione giuridica) ha inteso comunque prodursi in una complessa analisi econometrica per accertare la valenza anticoncorrenziale degli effetti unilaterali. A tal riguardo, sembra potersi ritenere che tale aspetto debba essere salutato con favore, anche a testimonianza del ruolo sempre maggiore che andrà assumendo il *chief economist* nello scandagliare operazioni dai contorni oltremodo incerti. Viene tuttavia da chiedersi come avrebbe reagito l'italica Autorità garante nel caso in cui avesse dovuto giudicare la concentrazione accertando gli effetti unilaterali. Nelle pieghe della legge n. 287/90, infatti, non c'è spazio per operare valutazioni tali da ricomprendere la portata di questi effetti: ciò lascia aperta la discussione relativa all'interpretazione del doppio test e alla facoltà di utilizzare la nozione di posizione dominante singola. Oltre, ovviamente, alla possibilità di modifica della legge.

Infine, in relazione all'individuazione del mercato rilevante, va considerato che le tre autorità competenti –DoJ, corte distrettuale californiana e Commissione europea– hanno fornito addirittura quattro risposte differenti. Ciò induce a interrogarsi se si disponga di adeguati strumenti di analisi empirica per affrontare scelte dilemmatiche, ma comunque cruciali, volte a garantire assetti concorrenziali e rendere effettive le corrosive virtù di mercato. Un'imprecisa, o approssimata, definizione del mercato ha dimostrato una volta di più di rendere vacue e superflue tutte le considerazioni successive, suggerendo che molta strada debba ancora essere percorsa in tale direzione, soprattutto in settori ad elevato contenuto tecnologico. Ma, probabilmente, solo la prova dei fatti, e il ruolo del *chief economist* testimonieranno –almeno su sponda comunitaria– quale sia la reale tenuta della teoria in casi complessi come quello qui analizzato.

Nota bibliografica

In relazione all'individuazione del mercato rilevante e al potere di mercato, si rinvia in particolare al voluminoso rapporto redatto per la Commissione Europea da Europe Economics, *The Development of Analytical Tools for Assessing Market Dynamics in the Knowledge Based Economy*, Final Report, 2003, disponibile on line all'indirizzo: <http://europa.eu.int>; si faccia anche riferimento a M. Forni, *Using stationarity tests in antitrust market definition*, in 6 «American Law and Economic Review» 441, 2004; P. Fattori, M. Todino, *La disciplina della concorrenza in Italia*, il Mulino, 2004, a p. 19 ss.; M. Motta, *Competition Policy. Theory and practice*, Cambridge University Press, 2004, a p. 72 ss. e 168 ss.; A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2004, a p. 38 ss.; J. Fingleton, *Il potere di mercato. Come definirlo?*, in «Mercato concorrenza regole», 1999, III, 339; H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, West Publishing Company, 1999, a p. 77 ss. Trattazioni specifiche sulla definizione del mercato in operazioni di concentrazione sono inserite nel lavoro collettaneo di Lawrence Wu (Editor),

Economics of Antitrust: New Issues, Questions, and Insights, NERA Economic Consulting, 2004, a p. 3 ss.

Per un'analisi del nuovo regolamento europeo sulle concentrazioni e per un approfondimento sul tema degli effetti unilaterali, si rimanda alla bibliografia inserita nella scheda "Il *αso Oracle*", pubblicata nel fascicolo n. 3/2004 della Rivista, a p. 593 ss.

[ANDREA GIANNACCARI]