

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 27 - giugno 2023

**COMPETERE E COOPERARE PER GENERARE
VALORE NELL'ECONOMIA DEGLI "INTANGIBILI".
A PROPOSITO DELLE TEORIE SUL
CAPITALISMO DI HASKEL E WESTLAKE**

Mario Libertini

**COMPETERE E COOPERARE PER GENERARE VALORE
NELL'ECONOMIA DEGLI "INTANGIBILI".
A PROPOSITO DELLE TEORIE SUL CAPITALISMO
DI HASKEL E WESTLAKE[°]**

Mario Libertini

*Professore Emerito di Diritto commerciale
Università La Sapienza di Roma*

Il presente contributo, dopo aver sottolineato l'originalità, ma anche la parzialità, di alcune delle tesi di Haskel e Westlake con riguardo al funzionamento del sistema capitalistico nell'era degli intangibili, intende discutere l'attuale ruolo e i principali problemi nel campo della concorrenza e della proprietà intellettuale.

This contribution, after emphasising the originality, but also the partiality, of some of Haskel and Westlake's theses about the functioning of the capitalist system in the age of intangibles, intends to discuss the current role and main problems in the field of competition and intellectual property law.

Sommario:

1. Alcune premesse attorno al "capitalismo dell'immateriale"
2. Economia degli *intangibles* e concorrenza
3. Incremento della competizione interindividuale e sostenibilità sociale
4. I problemi della proprietà intellettuale, oggi
5. Qualche notazione conclusiva in tema di c.d. "*co-opetition*"

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. Alcune premesse attorno al “capitalismo dell’immateriale”

L’analisi critica dell’attuale fase del capitalismo proposta da HASKEL e WESTLAKE¹ è incentrata sull’idea che i sintomi di disagio, che si accompagnano ad un’indubbia contestuale crescita complessiva della ricchezza materiale mondiale, sono dovuti al peso crescente del valore che i beni immateriali (intesi in senso economico e non strettamente giuridico, quindi: conoscenza, informazione, creazioni intellettuali, ma anche *marketing*, *training*, formule organizzative) hanno acquisito nei processi produttivi. A fronte di questo fenomeno, che altera le caratteristiche del vecchio capitalismo fondato sulla prevalenza del ruolo svolto dalle risorse materiali, le nostre leggi e le nostre istituzioni, nonché in generale la nostra cultura, non sono ancora attrezzate – secondo HASKEL e WESTLAKE – ad affrontare le novità e a correggere le disfunzioni che si presentano.

Sul piano analitico, gli scritti di HASKEL e WESTLAKE colgono certamente un profilo molto importante dello sviluppo socioeconomico del nostro tempo. Le manifestazioni di disagio, su cui gli Aa. insistono (rallentamento dello sviluppo, crescenti diseguglianze, riduzione dei processi competitivi [tema su cui torneremo], fragilità di fronte a *shock* esogeni come epidemie e cambiamento climatico, facilità di diffusione di falsità nell’informazione) sono reali.

Ciò che lascia perplessi è la pretesa degli Aa. di presentare i fenomeni segnalati come un problema di malfunzionamento interno di un sistema – quello dell’economia di mercato capitalistica – che rimane valido in assoluto, oltre che suscettibile di riforme atte a superare le attuali debolezze (gli Aa. si dichiarano ottimisti, al fondo della loro visione del mondo).

A mio avviso, gli Aa. vedono solo una parte del problema, cioè quello della necessità di manutenzione/ammodernamento di quella grandiosa *Free-market Innovation Machine* (per richiamare il titolo di un famoso libro di BAUMOL²) che è stato, ed è tuttora, l’economia di mercato capitalistica. I temi così messi in evidenza sono reali e importanti, ma l’analisi di HASKEL e WESTLAKE sottovaluta – a mio avviso – il problema veramente centrale, che è quello della compatibilità di questa “macchina dello sviluppo” con l’ambiente globale in cui essa deve operare (cioè, quei problemi cui tenta di dare risposta, se pur ancora spesso generica ed ambigua, la teoria dello sviluppo sostenibile). Carenza di beni pubblici essenziali, ineluttabilità di limiti fisici allo sviluppo, incontrollabilità dei processi demografici (migrazioni di massa), perdita di coesione sociale: sono tutti problemi che la grandiosa macchina dello sviluppo non è attrezzata a risolvere,

¹ I testi di riferimento sono HASKEL - WESTLAKE, *Capitalism without Capital: The Rise of Intangible Economy*, Princeton, 2018 (trad. ital., Milano, 2018); ID., *Restarting the Future: How to Fix the Intangible Economy*, Princeton, 2022; ID., *What Does the Growth of Intangible Capital Mean for Competition Policy?*, ICLE White Paper 2022-03-07.

² BAUMOL, *The Free-Market Innovation Machine: Analyzing the Growth Miracle of Capitalism*, Princeton, 2002.

perché fondata sul postulato (fideistico) che una crescita economica illimitata sarà in grado di migliorare *sine die* le condizioni di vita di tutta l'umanità.

Accade così che, non mettendo seriamente in dubbio questo presupposto ideologico, gli Aa. non solo mostrano di confidare ancora nell'idea di sviluppo illimitato, ma propongono anche – accanto a molte idee interessanti e, spesso, originali – riforme francamente sconcertanti, come quella favorevole all'eliminazione dei vincoli urbanistici all'edificabilità dei suoli e all'affidamento della disciplina dell'urbanizzazione a strumenti privatistici, cioè accordi fra proprietari di suoli.

Sul piano propositivo, comunque, degno di nota è il fatto che il tema centrale, su cui gli Aa. soprattutto insistono, è quello della necessità di ammodernamento delle "istituzioni" (intendendo per *institutions* tutti gli strumenti giuridici, sia pubblicistici che privatistici). Tema su cui gli Aa., pur non abbandonando il loro ottimismo di fondo, riconoscono, in modo allarmato, che il cammino dell'ammodernamento necessario non sembra, a tutt'oggi, neanche avviato.

2. Economia degli *intangibles* e concorrenza

Fra gli altri temi, il lavoro di HASKEL e WESTLAKE mette a fuoco, come già anticipato, una specifica disfunzione nel funzionamento dei mercati e della concorrenza, dovuta all'affermarsi dell'economia degli *intangibles*. Questa disfunzione viene colta nel formarsi di grandi diseguaglianze economiche, soprattutto fra imprese giganti che acquisiscono profitti enormi mediante le sinergie favorite dal controllo di beni immateriali e la debolezza della pressione concorrenziale delle imprese meno avanzate nei confronti di queste grandi imprese.

Gli Aa. tendono, invero, a ridimensionare certe visioni catastrofiche circa la monopolizzazione dei mercati, che hanno dato spinta al movimento di idee *new Brandeisian* in materia di *antitrust*. Notano, per esempio, che la globalizzazione dei mercati ha sì prodotto concentrazione a livello globale, ma ha anche portato ad una maggiore diffusione dell'offerta delle grandi imprese, in virtù delle economie di scala, a livello locale (gli Aa. segnalano però anche l'insorgere di problemi nuovi, come quelli derivanti dalla profilazione dei consumatori e dall'affermarsi di politiche di discriminazione di prezzo che un tempo erano impensabili).

Gli Aa., comunque, non mostrano nostalgia verso una concezione strutturale della concorrenza, e riconoscono, giustamente, che questa può essere dinamica e vivace anche in mercati concentrati; riconoscono anche, tuttavia, che l'economia "immateriale" accentua la distanza fra imprese vincenti, in grado di sfruttare a fondo sia le economie di scala sia le sinergie che derivano dal controllo di beni immateriali e imprese più tradizionali, incapaci di reggere il ritmo dello sviluppo delle imprese giganti dell'economia digitale.

A fronte di questa situazione, la soluzione, secondo HASKEL e WESTLAKE, non sta nell'accentuare la pressione *antitrust* sulle imprese dominanti, ma nell'attuazione di politiche volte a favorire l'effettiva contendibilità dei mercati, cioè l'ingresso effettivo nel mercato di nuove imprese innovative. Questa politica dovrebbe essere perseguita con mezzi diversi (dall'incentivo pubblico al controllo delle operazioni di concentrazione al rilascio di autorizzazioni in deroga a vincoli regolatori).

Si tratta di una linea di soluzione di non facile realizzazione, anche se certamente meritevole di attenzione.

3. Incremento della competizione interindividuale e sostenibilità sociale

A fronte di questo indebolimento complessivo della concorrenza nei mercati, gli Aa. notano un incremento eccessivo della competizione interindividuale all'interno delle aziende, dovuta all'affermarsi di tecniche di misurazione (apparentemente) oggettiva della produttività del lavoro di ciascun componente dell'azienda e all'attenuarsi dei rapporti fiduciarî interpersonali, su cui si reggevano le organizzazioni private del passato.

Sul tema della (pretesa) eccessiva competizione meritocratica all'interno delle aziende, i nostri Aa. non propongono veri e propri rimedi. Anzi, sembrano influenzati dalla ricca letteratura anti-meritocratica che si è sviluppata di recente e che tende a presentare la meritocrazia come un'esaltazione pura e semplice delle disuguaglianze e come un gioco a somma zero.

Credo che questa analisi sia parziale. È vero, probabilmente, che l'attuale sviluppo delle economie di mercato abbia accentuato fenomeni di competitività interindividuale, che pur sono sempre esistiti all'interno delle organizzazioni, ma è anche vero che questi fenomeni, nella misura in cui riescano a selezionare le prestazioni migliori, si traducono – se le organizzazioni di cui si tratta hanno uno scopo lecito e meritevole di tutela – in benessere collettivo. Il problema della meritocrazia, in termini di giustizia, è duplice: assicurare che la valutazione dei meriti avvenga con criteri oggettivi e imparziali (come, p.e., avviene in mercati in cui i consumatori siano in grado di scegliere liberamente) e garantire poi a tutti una base di dignitosa sicurezza sociale. In ogni caso, l'alternativa reale alla competizione meritocratica è l'organizzazione di tipo feudale della società, che tende continuamente a riformarsi³.

³ Cfr. per tutti, nell'immenso dibattito sul tema, CODOGNO - G. GALLI, *Crescita economica e meritocrazia. Perché l'Italia spreca i suoi talenti e non cresce*, Il Mulino, Bologna, 2022. Nella letteratura giuridica cfr., p. es., SALERNO, *Contributo allo studio del principio costituzionale del merito*, Giappichelli, Torino, 2020; CAMERLENGO, *Per un'interpretazione costituzionalmente sostenibile del merito*, in *Federalismi*, 4 maggio 2022.

4. I problemi della proprietà intellettuale, oggi

Naturalmente, negli scritti di HASKEL e WESTLAKE non poteva mancare l'attenzione verso una fra le principali novità giuridiche prodotte dal capitalismo, cioè quella del riconoscimento di diritti di proprietà sulle creazioni intellettuali (che in tempi antichi erano viste come cose fuori commercio). La proprietà intellettuale è stata prevalentemente giustificata come premio-incentivo per la produzione di innovazione (tecnica, estetica, culturale). In questa prospettiva, essa è oggi generalmente vista soprattutto come uno strumento di promozione della competizione fra imprese, funzionalmente coerente con le norme generali di tutela della concorrenza⁴ (e non un'eccezione ai principi di libertà di commercio, come in prevalenza si riteneva in passato).

Questa narrazione è, in linea di massima, fondata, ma è anche parziale. Intanto, vi sono grandi problemi "interni" alla materia della proprietà intellettuale⁵ e alla giustificazione dei diritti di esclusiva. A parte questi problemi "interni" del sistema della proprietà intellettuale, sui quali gli Aa. non si soffermano particolarmente, HASKEL e WESTLAKE mettono in luce come una gestione efficiente del processo innovativo richieda una collaborazione fra investimenti pubblici e investimenti privati: il sistema non raggiungerebbe i risultati auspicati senza il sostegno pubblico alla ricerca di base e industriale. Il tema non è nuovo, ed è stato ampiamente divulgato da un noto libro di Mariana MAZZUCATO⁶, ma gli Aa. hanno il merito di svilupparlo con osservazioni originali.

Importante è, in primo luogo, la sottolineatura del rischio di burocratizzazione del finanziamento pubblico della ricerca, con conseguente incapacità di cogliere e stimolare le innovazioni potenzialmente più importanti. A parte ciò, gli Aa. insistono giustamente (in ciò d'accordo con MAZZUCATO) sul punto che il finanziamento pubblico alla ricerca dovrebbe dichiarare i suoi obiettivi politici

⁴ «Le norme sulla proprietà intellettuale e le norme sulla concorrenza condividono gli stessi obiettivi» [così, da ultimo, la Comunicazione della Commissione europea, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale* (2023/C 259/01), § 444].

⁵ A mio avviso: *i)* le contestazioni sono ingiustificate per i segni distintivi; *ii)* sono anche ingiustificate, in linea di principio, per i brevetti per invenzione, perché in questo caso il problema della remunerazione degli investimenti in R&S continua ad essere reale, ma la disciplina dovrebbe essere più duttile, e nella durata e nella determinazione dell'ambito dell'esclusiva; *iii)* ciò vale anche per i segreti commerciali e industriali; *iv)* per il diritto d'autore, c'è da augurarsi un ripensamento generale, con un progressivo passaggio verso sistemi di dominio pubblico pagante. In questo modo ho cercato di riassumere le conclusioni esposte in LIBERTINI, *Tutela e promozione delle creazioni intellettuali e limiti funzionali della proprietà intellettuale*, in *A.I.D.A.*, 2014, 299 ss.

⁶ MAZZUCATO, *The Entrepreneurial State: Debunking Public vs. Private Sector Myths* (trad. ital., *Lo Stato innovatore*, Bari-Roma, 2016; nuova ed. 2020). Ma cfr. anche DAVID, *Intellectual Property Institutions and the Panda's Thumb: Patents, Copyrights, and Trade Secrets in Economic Theory and History*, in M.B. WALLERSTEIN *et al.* (eds), *Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology*, Washington, D.C., 19 ss.

prioritari (oggi: transizione ecologica e salute) e svolgere una politica mirata, seguendoli coerentemente.

In linea con ciò, gli Aa., se da un lato contrastano le sempre risorgenti tesi abolizioniste in materia di proprietà intellettuale, dall'altro propongono una revisione della disciplina della durata dei diritti di esclusiva, con riduzione di questa per i settori maturi e un prolungamento premiale per settori in cui si intenda incentivare la ricerca. Idea interessante, che però comporterebbe pesanti costi di amministrazione e, soprattutto, un'espansione della regolazione amministrativa dei mercati (praticamente tutti) interessati alla presenza di diritti di proprietà intellettuale. Questo esito già si intravede nel campo dei diritti d'autore, a seguito delle recenti riforme, e forse è ineluttabile. Ma i rischi di "fallimento della regolazione" non possono essere sottovalutati.

Un altro rilievo interessante di HASKEL e WESTLAKE, in materia di proprietà intellettuale, riguarda l'eccesso di risorse che viene sprecato nei troppi contenziosi che insorgono in materia. Rilievo molto sensato, ma anche qui difficile da tradurre in pratica, a meno che non si voglia ridurre drasticamente il numero delle creazioni intellettuali protette (ciò che gli Aa. non arrivano a proporre).

5. Qualche notazione conclusiva in tema di c.d. "co-opetition"

In ogni caso, la narrazione *standard*, in materia di p.i., non considera un fondamentale aspetto del successo delle economie capitalistiche: la competizione è un fattore di efficienza complessiva di un sistema economico, se e in quanto si manifesti non soltanto sul piano dei rapporti fra imprese indipendenti, ma più in generale a diversi livelli, da quello individuale (a cui si è accennato in precedenza) a quello relativo al confronto fra diversi sistemi territoriali o culturali omogenei (distretti, professioni ecc.). Questo fenomeno di competizione multilivello si manifesta anche a livello mondiale, come confronto fra economie nazionali.

È intuitivo che una competizione multilivello non si riduce ad una gara fra soggetti indipendenti in un campo delimitato, ma si compone di molti fattori: fra questi l'intervento pubblico (regolazione, commesse pubbliche, sovvenzioni) e la cooperazione (fra imprese o fra altri soggetti, operanti a diversi livelli).

È noto poi che la competizione non è il risultato di un equilibrio naturale di rapporti, ma una situazione che dev'essere anzitutto definita come modello ideale (vi possono essere tante concezioni diverse di concorrenza) e poi permanentemente sostenuta e regolata dal potere politico, sulla scorta di un modello ideale di buon funzionamento della società e dei mercati; e, soprattutto, dev'essere sostenuta da un'efficiente organizzazione complessiva della società, anche nella sua componente pubblica.

Ove queste condizioni si sono realizzate, l'evoluzione dei mercati ha portato a una situazione in cui il progresso tecnico e culturale non è frutto del susseguirsi

di innovazioni occasionali, bensì è divenuto un processo incrementale di evoluzione complessiva del sistema economico.

In questa prospettiva, è chiaro che la cooperazione (fra imprese, in primo luogo, ma anche fra imprese e istituzioni diverse) diventa un fattore di efficienza complessiva del sistema. Il modello della *co-opetition*, caratterizzato dalla condivisione di alcune conoscenze e di alcune risorse (e spesso di un *know-how* di base) da parte di soggetti che poi agiscono in modo indipendente nei mercati, è un modello virtuoso, in linea di principio⁷.

L'analisi di HASKEL e WESTLAKE sulle caratteristiche economiche degli *intangibles* rafforza questa convinzione: i beni immateriali hanno caratteristiche proprie, fra cui la produzione di *spill-over* e la conseguente difficoltà di godimento esclusivo, nonché l'attitudine a sfruttare sinergie fra beni immateriali diversi, che possono fornire la base per favorire una cooperazione efficiente tra imprese indipendenti.

Si pone però un problema di regolazione della *co-opetition*, per evitare che dia luogo a monopoli collettivi. L'esempio più facile e significativo è costituito dagli accordi di standardizzazione e dallo sviluppo delle organizzazioni relative (SSO, SDO⁸) e degli accordi FRAND⁹ obbligatori fra imprese che contribuiscono, con i loro diritti di esclusiva, alla formazione e allo sviluppo dello standard.

Una significativa esperienza, nella direzione accennata, è fornita dalla regolazione europea sugli accordi di cooperazione orizzontale fra imprese, oggetto di nuove linee direttrici della Commissione, pubblicate il 21 luglio scorso. In particolare, merita attenzione la nuova figura degli "accordi di sostenibilità".

Tutta questa disciplina si muove su un crinale difficoltoso, in cui si devono contemperare i guadagni di efficienza derivanti dalla cooperazione con i rischi di collusione e di discriminazione, nonché con i rischi di ostacolo allo sviluppo di *standard* alternativi più efficienti.

⁷ Il termine *co-opetition* è stato coniato in un fortunato libro di BRANDENBURGER - B.J. NALEBUFF, *Co-opetition*, New York, 1996. Non è entrato nel linguaggio ufficiale delle norme e linee-guida in materia di concorrenza, ma corrisponde alle ragioni ispiratrici degli orientamenti europei in materia di accordi di cooperazione fra imprese o di norme nazionali come quelle sui distretti industriali o sui contratti di rete. A livello divulgativo, cfr., di recente, IMPRODA, *A difesa del know-how. Puntare sulla "coopetition" per far ripartire le aziende nel postpandemia*, in *Linkiesta*, 7 aprile 2021, all'indirizzo <https://tinyurl.com/483ydb5j>.

⁸ *Standard Setting Organizations, Standard Development Organizations*.

⁹ *Ossia Fair, Reasonable and Non-Discriminatory*.