

Il *self-preferencing* come illecito antitrust?

Anna Licastro

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il *self-preferencing* come condotta anticompetitiva nel caso Google Shopping. – 3. Profili critici in tema di *self-preferencing* alla luce del caso Google Shopping. – 4. Amazon nel mirino dell'Autorità Italiana Garante della Concorrenza e del Mercato. Il primo possibile caso italiano in tema di *self-preferencing*. – 5. Il trattamento preferenziale fra discriminazione e *tying*. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

«*Businesses that act as both player and referee – that run a platform, and also compete with other companies that rely on that platform – can be tempted to misuse that position, to give their own services a head start over their rivals*»¹. Con queste parole pronunciate nel corso della Conferenza sull'*e-commerce* di Gothenburg, il Commissario europeo alla concorrenza Margrete Vestager ha offerto una definizione sintetica, ma efficace di trattamento preferenziale (c.d. *self-preferencing*). Con tale termine, si suole indicare quel comportamento mediante il quale le imprese digitali – gestori di piattaforme virtuali – favoriscono i propri prodotti o servizi, a discapito di quelli dei concorrenti che si avvalgono del medesimo spazio per vendere prodotti o offrire servizi concorrenziali².

Si tratta, dunque, di una delle possibili strategie che consentono alle piattaforme online di acquisire un progressivo e crescente potere di mercato e di sfruttare a proprio vantaggio la posizione di potenza economica acquisita³.

¹ M. Vestager, *Technology with purpose*, in https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/technology-purpose_en, D-Congress, Gothenburg, 5 marzo 2020 (ultimo accesso: 25 agosto 2020).

² J. Crémer, Y. De Montjoye, H. Schweitzer, *Competition policy for the digital era*, in <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>, Brussels, 2019, 65-66; inoltre M. Jakab, *Effective Regulation, Legal Certainty and the Conundrum of Online Platform Self Preferencing*, in *Prague Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series*, No. 2020/1/2, 1-2.

³ A. Contaldo, F. Peluso, *L'abuso di posizione dominante in internet*, a cura di A. Catricalà, G. Cassano, in *Concorrenza mercato e diritto dei consumatori*, Torino, 2018, 586 ss.

Giova ricordare che il diritto della concorrenza non sanziona come illecito antitrust la mera detenzione di una posizione dominante sul mercato⁴. Dunque, la condotta poc'anzi accennata non solleverebbe alcun tipo di problema, se non fosse che è lo sfruttamento abusivo della potenza economica acquisita dalle piattaforme digitali ad assumere rilievo anticoncorrenziale, laddove per abuso si intenda il potere di ostacolare la concorrenza effettiva ed allentare l'obbligo di pressione competitiva fra le imprese⁵.

È chiaro che le nuove opportunità di crescita offerte dall'avvento dell'era digitale e la capacità di raccogliere immense quantità di dati abbiano permesso agli operatori della *digital economy* di guadagnare quote di mercato che, alle imprese dei *brick-and-mortar markets* solo una ventina di anni addietro, sembravano impossibili da raggiungere⁶.

Il raggiungimento di un tale potere è reso possibile grazie a due delle caratteristiche principali del modello di *business* della *platform economy*: gli effetti di rete indiretti e la capacità di *data mining*.

La prima è essenzialmente legata alla struttura multiversante della piattaforma e alla necessità che la stessa “porti a bordo”⁷ il maggior numero di utenti in entrambi i lati del mercato *online* quindi, all'aumentare dei clienti che aderiscono alla piattaforma, aumenta il valore della stessa per gli utenti dell'altro versante⁸.

La seconda, invece, attiene alla capacità di elaborazione dei dati non strutturati al fine di trasformarli in informazioni dall'elevato valore economico, vero e proprio fattore di produzione per i giganti dei mercati virtuali⁹. La capacità di *data mining* dipende però dall'uso di tecnologie estremamente sofisticate come i *data analytics*, algoritmi di analisi ed apprendimento automatico (c.d. *machine learning*)¹⁰ che, individuando tutte le possibili correlazioni fra le informazio-

⁴ Cfr. S. Bariatti, A. Sodano, *Gli abusi di posizione dominante*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia. Disciplina della concorrenza nell'UE*, a cura di A. Frignani, S. Bariatti, Vol. 64, Padova, 2012, 253-257.

⁵ Commissione europea, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, Bruxelles, Com(2008), 832, final, punto 10.

⁶ Commissione Europea, *Shaping's Europe digital future*, Bruxelles, 19.02.2020, Com(2020),67 final, 1-2; A.L. Tarasco, M. Giaccaglia, *Facebook è gratis? Mercato dei dati personali e giudice amministrativo*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, n. 2, 271-272.

⁷ Bundeskartellamt, *Market power of platforms and networks*, Working paper, Ref. B6-113/15, giugno 2016, 18, (ultimo accesso: 20 febbraio 2020).

⁸ G. Smorto, *La tutela del contraente debole nella platform economy*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2018, 2, 431.

⁹ A. Mantelero, *Big data: i rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo* in *Il diritto dell'Informazione e Informatica*, n. 1, 2012, 139; AGCM, *Indagine conoscitiva sui Big data*, www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC_Big%20data_imp.pdf, 15 ss., (ultimo accesso 25 febbraio 2020); Commissione Europea, *Shaping's Europe digital future*, cit., 7.

¹⁰ *Preliminary Opinion Of The European Data Protection Supervisor, Privacy and competitiveness in the age of big data: the interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Econo-*

ni raccolte, procedono alla profilazione degli utenti fino a predirne le scelte ed i futuri comportamenti¹¹.

Tali tecnologie necessitano di essere aggiornate costantemente data la velocità alla quale i gusti e le preferenze dei consumatori si evolvono, comportando quindi per le imprese della *digital economy* investimenti tecnici elevatissimi sia in termini di ricerca che di costi che solo i giganti tecnologici del web come Google, Amazon, Facebook, Apple e, infine, Microsoft (oggi identificati dall'acronimo GAFAM) sono in grado di sostenere¹².

Ne consegue che per una piccola e media impresa che volesse entrare nel mercato delle vendite *online* con un proprio sito *e-commerce* sarebbe impossibile competere con il *marketplace* di Amazon che, secondo il recente report dell'Autorità garante delle comunicazioni, detiene una incontrastata ed ormai consolidata posizione di *leadership* nell'ambito del commercio elettronico mondiale¹³.

È evidente come da un lato gli effetti di rete indiretti e dall'altro l'uso dei *Big data* diano alle società della *platform economy* un vantaggio competitivo di indubbio rilievo, seppur illecito secondo le categorie elaborate dal diritto antitrust¹⁴.

Il vantaggio competitivo viene usato per escludere o discriminare i *competitors* falsando, e dunque ostacolando, la concorrenza effettiva fra gli operatori dei mercati *data-driven* con la conseguenza di alterare la libertà di scelta dei consumatori.

Una strategia di questo tipo è attuabile solo dai gestori delle più grandi piattaforme tecnologiche, in quanto sono gli unici soggetti in grado di investire nel costante perfezionamento dei *data analytics* e, quindi, hanno la possibilità di potenziare continuamente la capacità di *data mining*¹⁵. In uno scenario del genere i concorrenti finiscono per essere fagocitati dalle *big tech industries* a cui non resta che contendersi l'intero mercato digitale.

my, in https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf, Marzo 2014, 8, (ultimo accesso: 8 maggio 2020); inoltre AGCM, *Indagine conoscitiva sui Big data*, cit. 16 ss.

¹¹ M. Orefice, *I "big data", regole e concorrenza*, in *Politica del diritto*, 2016, 4, 702-707; inoltre A. Mantelero, op. cit., 139; A. Perrucci, *Dai Big Data all'ecosistema digitale. Dinamiche tecnologiche e di mercato e ruolo delle politiche pubbliche*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2019, 1, 69; I. Graef, *Market Definition and Market power in data: the case of online platforms*, in *World competition* 38, (2015), no. 4, 473-479; AGCM, *Indagine conoscitiva sui Big data*, cit., 86.

¹² AGCM, *Indagine conoscitiva sui Big data*, cit., 17-18; Commissione Europea, *Shaping's Europe digital future*, cit., 9.

¹³ AGCOM, Osservatorio sulle piattaforme online 2019, <https://www.agcom.it/osservatorio-piattaforme-online>, (ultimo accesso: 2 settembre 2020), 18.

¹⁴ G. Muscolo, *Big data e concorrenza. Quale rapporto?*, in *Informazione e big data tra innovazione e concorrenza*, a cura di Ghidini, Olivieri, Falce, Milano, 2018, 178.

¹⁵ Autorité De La Concurrence e Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&cv=2, Report, 10 maggio 2016, 11; (ultimo accesso 30 aprile 2020); A. Giannaccari, *La storia dei Big Data, tra riflessioni teoriche e primi casi applicativi*, in *Merc. conc. reg.*, 2017, 2, 315.

Il pericolo è senz'altro fondato, come dimostrano le quote di mercato che le piattaforme *online* detengono sui mercati telematici con soglie vicine all'80 e 90%. Per rendersene conto, basta considerare che nel 2019 Microsoft si è confermata leader indiscussa nel settore dei servizi operativi, Google ha raggiunto quota pari al 91% nel settore delle mappe (Google Maps) e, infine, Facebook ha guadagnato l'egemonia nel settore della messaggistica istantanea, detenendo il 95% delle quote di mercato¹⁶.

Si comprende, dunque, come per le Autorità garanti della concorrenza nazionali e sovranazionali l'obiettivo fondamentale consista proprio nell'evitare che il mercato telematico si trasformi in un oligopolio in cui siano pochissime imprese digitali a detenere una posizione dominante che permetta loro di agire in modo indipendente dai concorrenti e dettare le "regole del gioco"¹⁷. In tal senso, la letteratura sostiene ormai da diverso tempo come debba riconoscersi alle piattaforme *online* un ruolo regolatorio dei mercati digitali¹⁸.

La funzione della piattaforma come "gatekeeper"¹⁹ è connaturata alla natura stessa delle imprese verticalmente integrate della *platform economy*. Ciò sta a significare che esse, mediante la disponibilità di un servizio o fattore di produzione essenziale per competere nel mercato a valle, riescono ad escludere o discriminare le imprese concorrenti in quel mercato²⁰.

Una pratica anticoncorrenziale come questa, si realizza grazie al duplice ruolo che le piattaforme assumono nei mercati digitali ovvero essere allo stesso tempo giocatori ed arbitri²¹.

Operano come arbitri quando, in qualità di intermediari digitali, facilitano la messa in contatto fra venditori e consumatori. Si trasformano in giocato-

¹⁶ AGCOM, op. cit., 18-19

¹⁷ M. Vestager, *Competition and the digital economy*, in https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/competition-digital-age-changing-enforcement-changing-times_en, OECD/G7 Conference, Paris, 3 Giugno 2019, (ultimo accesso: 5 settembre 2020).

¹⁸ Commissione Europea, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, Bruxelles, Com(2015)192 final, 12; inoltre M.A. Rossi, *Il ruolo delle piattaforme nell'economia dei Big data*, in *Informazione e big data tra innovazione e concorrenza*, a cura di Ghidini, Olivieri, Falce, Milano, 2018, 81-83; L. Ammannati, *Verso un diritto delle piattaforme digitali?*, in *Federalismi.it*, 7, 2019, 4; J. Crémer, Y. De Montjoye, H. Schweitzer, op. cit., 60-63; Commissione Europea, *Shaping's Europe digital future*, cit., 8.

¹⁹ Di "gatekeeper" parla tra l'altro l'articolo 3 della proposta di Regolamento europeo "Digital Markets Act" (DMA) presentata il 15 dicembre 2020. A tal riguardo si veda Commissione Europea, *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector* (Digital Markets Act), in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=en>, Bruxelles, 15 dicembre 2020, 36.

²⁰ G. Muscolo, op. cit. 178 ss.; AGCOM, op. cit., 108-111.

²¹ M. Vestager, *Technology with purpose*, cit., 4 in cui il Commissario europeo Vestager usa i termini di *player* e *referee* per descrivere le origini del trattamento preferenziale.

ri quando loro stesse divengono rivenditori di beni e servizi sulla piattaforma in concorrenza con i fornitori terzi²².

Data la tendenza delle imprese digitali a voler divenire *leaders* incontrastati del mercato di riferimento (c.d. tendenza “*winner takes all*”), è chiaro che i gestori dei *marketplaces* siano interessati a promuovere i propri prodotti a svantaggio di quelli dei venditori terzi.

I *gatekeepers* decidono in sostanza chi può accedere al mercato o avere una certa visibilità sulla piattaforma ed in tal modo riescono a esercitare “potere di vita o di morte” sui *competitors* che – “*assorbiti*” dai *big players* – sono destinati a scomparire inesorabilmente dai mercati.

Ecco che il ruolo di *gatekeeper* assunto dai GAFAM costituisce la condizione necessaria per attuare la strategia del trattamento preferenziale la cui realizzazione dipende dal sapiente uso dei sistemi di classificazione dei risultati (c.d. *ranking*) fra i prodotti del *marketplace* e quelli dei fornitori terzi mediante cui si riesce a dare maggiore visibilità alle offerte del gestore della piattaforma, facendo, al contrario, retrocedere nella visualizzazione quelle dei venditori terzi, attivi nel mercato a valle²³.

Il nocciolo della questione è tutto qui: verificare se le Autorità garanti della concorrenza possano ammettere che un’impresa assuma contemporaneamente il ruolo di giocatore e di arbitro nella *digital economy* o se, in caso negativo, non sia necessario pensare a come intervenire per fermare la pratica abusiva del *self-preferencing*²⁴.

Di conseguenza, l’analisi condotta dal presente lavoro si propone di verificare se il trattamento preferenziale delle imprese verticalmente integrate possa costituire o meno un illecito anticoncorrenziale ai sensi dell’articolo 102 TFUE.

Al tal proposito, in un primo momento, si ricostruirà il dibattito dottrinale sorto in merito alla configurabilità del *self-preferencing* come abuso di posizione dominante, considerando come punto di riferimento imprescindibile dell’analisi le risultanze del caso europeo Google Shopping.

Si tratta, infatti, della prima vicenda che nel panorama giurisprudenziale comunitario ha posto il problema di definire la basi legali cui ricondurre il trattamento preferenziale come pratica abusiva. La questione, particolarmente dibat-

²² M.A. Rossi, *op. cit.*, 83 e ss.; AGCOM, *op. cit.*, 112; G. Smorto, *op. cit.*, 431-432; J. Crémer, Y. De Montjoye, H. Schweitzer, *op. cit.*, 65-66; inoltre Bundeskartellamt Press Office, *Bundeskartellamt initiates abuse proceeding against Amazon*, in https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2018/29_11_2018_Verfahrenseinleitung_Amazon.pdf?__blob=publicationFile&v=2, Bonn, 29 novembre 2018, (ultimo accesso: 22 settembre 2020).

²³ *Ibidem*.

²⁴ M. Vestager, *Competition in a Digital Age: Changing Enforcement for Changing Times*, in https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/competition-digital-age-changing-enforcement-changing-times_en, ASCOLA Annual Conference, 26 Giugno 2020 (ultimo accesso: 15 settembre 2020).

tuta, solleva molti interrogativi tanto che non è emerso ancora un orientamento pacifico in letteratura.

Partendo da tali riflessioni, si tenterà di verificare se nella recente istruttoria avviata dall'Antitrust italiana nei confronti di Amazon per abuso di posizione dominante nelle attività di *e-commerce* e logistica, siano rinvenibili gli estremi di un'ipotesi di trattamento preferenziale come pratica discriminatoria messa in atto dalla più grande azienda di commercio elettronico al mondo nei riguardi di quei venditori che aderiscono al servizio di logistica del *marketplace* di Jeff Bezos a discapito di quelli che vorrebbero usufruire dei servizi di logistica offerti da altri operatori.

Sebbene la decisione definitiva tardi ancora ad arrivare, si proverà quindi a valutare se il *self-preferencing* sia riconducibile alla pratica discriminatoria di cui all'articolo 102, par. 2, lett. c), TFUE o ad una pratica legante ai sensi della lett. d) della medesima disposizione, come ipotizzato dall'istanza presentata da una coalizione delle più grandi associazioni sindacali degli Stati Uniti innanzi alla Federal Trade Commission (FTC), al fine di accertare le pratiche anti-competitive messe in atto da Amazon.

Tuttavia, si tenga presente che, a prescindere dagli eventuali effetti pro-competitivi che una parte della letteratura riconosce al trattamento preferenziale, ormai è impossibile negare che si tratti di una condotta anticoncorrenziale escludente anche alla luce delle recenti istruttorie avviate in Germania, Austria e Stati Uniti, alle quali si farà cenno nella parte finale del lavoro.

2. *Il self-preferencing come condotta anticompetitiva nel caso Google Shopping*

Il trattamento più favorevole riservato dalle imprese della società digitale ai propri prodotti o servizi rispetto a quelli offerti dai fornitori-terzi sulla piattaforma digitale gestita dal *gatekeeper* è noto come *self-preferencing*²⁵.

Sulla possibilità di considerare il trattamento preferenziale come pratica anticompetitiva si stanno da lungo tempo interrogando gli studiosi e le Autorità nazionali garanti della concorrenza. Nello specifico, stanno valutando se ricondurre o meno il *self-preferencing* nell'ambito dell'abuso di posizione dominante, così come disciplinato dall'articolo 102 TFUE. Il problema sorge in ragione del

²⁵ J. Crémer, Y.e De Montjoye, H. Schweitzer, op. cit., 65-66 ; P. Caro De Sousa, *What shall we do about self-preferencing?*, in *Competition Policy International*, papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3659065, June 2020, 1.

fatto che il trattamento più favorevole non è contemplato fra le pratiche abusive elencate nella disposizione menzionata²⁶.

Ciò non sarebbe di ostacolo al suo riconoscimento come illecito anticoncorrenziale in quanto, come più volte ribadito dalla Commissione UE, dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e dal Tribunale dell'Unione Europea, l'elenco dei comportamenti abusivi previsti all'articolo 102 TFUE non è affatto tassativo ed esaustivo²⁷.

La *ratio* alla base di tale scelta va individuata nell'intenzione del Legislatore comunitario di lasciare aperta la casistica degli abusi di posizione dominante di modo che gli interpreti possano ricondurvi nuove tipologie di condotte anticompetitive²⁸. Dunque, in virtù di tale flessibilità, si potrebbe considerare il *self-preferencing* come una nuova forma di abuso di posizione dominante.

Prima di analizzare i profili critici relativi alla configurabilità o meno del trattamento preferenziale come illecito antitrust, occorre innanzitutto individuare brevemente quali siano le due condizioni necessarie affinché una società della *digital economy* possa avvalersi del *self-preferencing*.

In primo luogo, deve trattarsi di impresa verticalmente integrata e, dunque, intenzionata ad accrescere il proprio potere di mercato anche mediante l'estensione della sua preminente posizione di potenza economica in mercati collegati a quello in cui possiede già un potere consolidato²⁹.

Nel caso di una piattaforma digitale tale comportamento risulta particolarmente evidente. L'impresa gestisce in via esclusiva l'infrastruttura digitale e ciò le consente di far dialogare nel mercato a valle due diversi gruppi di utenti.

Ora, nel mercato a monte, in cui svolge attività di intermediazione detiene un potere di mercato incontrastato³⁰, senza di essa non vi sarebbe alcun contatto fra gli utenti.

²⁶ J. Crémer, Y.e De Montjoye, H. Schweitzer, op. cit., 65-66.

²⁷ Corte Giustizia sentenza 14 novembre 1996, Caso C-333/94, Tetra Pak International SA/Commissione, ECLI:EU:C:1996:436 in cui al paragrafo 37 la Corte di Giustizia ha chiarito «Occorre poi sottolineare che l'elenco delle pratiche abusive contenuto nell'art. 86, secondo comma, del Trattato non è tassativo [...]» ed ancora Corte di Giustizia, sentenza 17 febbraio 2011, Caso C-52/09, TeliaSonera, ECLI:EU:C:2011:83, in cui al paragrafo 26 i giudici comunitari ha ulteriormente specificato «[...] l'elenco delle pratiche abusive contenuto nell'art. 102 TFUE non è esaustivo, ragion per cui l'elencazione delle pratiche abusive contenute in tale disposizione non esaurisce le modalità di sfruttamento abusivo di posizione dominante vietate dal diritto dell'Unione»; Si veda inoltre, F. Ghezzi, G. Olivieri, *Diritto antitrust*, 2 ed., Torino, 2019, 202-203; T. Hoppner, *Duty to treat downstream Rivals Equally: (merely) a natural remedy to Google's Monopoly leveraging abuse*, in *European Competition and Regulatory Law Review (CoRe)*, Vol. 1, no. 3, 2017, 209.

²⁸ Si veda F. Ghezzi, G. Olivieri, op. cit., 202-203; T. Hoppner, op. cit., 208 ss.

²⁹ Corte Giustizia sentenza 17 febbraio 2011, cit., par. 86; inoltre P. Caro De Sousa, op.cit., 2.

³⁰ L. Calzolari, *Preliminary Comments on the Google case: bringing the transatlantic digital divide by widening the antitrust one*, in SIDIBlog, <http://www.sidiblog.org/2017/07/14/preliminary-comments-on-the-google-case-bridging-the-transatlantic-digital-divide-by-widening-the-antitrust-one/>, 14 luglio 2017, (ultimo accesso: 22 settembre 2020).

Questi ultimi, d'altra parte, sono attivi in un mercato – quello a valle – in cui l'impresa digitale verticalmente integrata non è ancora presente e, dunque, non possiede alcuna posizione economica di rilievo³¹.

Accade, quindi, di frequente, che le piattaforme online sfruttino abusivamente la forza guadagnata nel mercato a monte – mediante attuazione di pratiche anticoncorrenziali nel mercato collegato – allo scopo precipuo di ampliare i confini del loro potere³². Questo sta a significare che l'*incumbent* opera in modo tale da escludere a valle i *competitors* ed impedire l'ingresso anche ai nuovi entranti, con evidente danno alla concorrenza effettiva ed alla pressione competitiva³³.

L'altra condizione che permette di collegare la pratica del *self-preferencing* alle imprese verticalmente integrate è connessa al ruolo che le piattaforme svolgono come regolatori dei mercati digitali³⁴. Difatti, una volta entrati nel mercato a valle, i GAFAM tendono ad operare in concorrenza con i fornitori; è evidente, quindi, che favoriranno i propri prodotti e servizi³⁵.

Questo duplice ruolo è sperimentabile nei siti di commercio elettronico e, nello specifico, nell'Amazon Marketplace, di cui si parlerà in modo dettagliato nel prosieguo. Al momento, si può accennare che il gestore del *marketplace*, non solo opera come intermediario digitale, ma anche come rivenditore di propri prodotti sulla piattaforma.

Nella prima posizione, concede ai venditori di commercializzare i loro prodotti sul sito *e-commerce*, mentre nella seconda possiede la capacità di distribuire beni e servizi di sua produzione a quegli stessi consumatori cui si rivolgono i venditori-terzi per il tramite della piazza virtuale.

Si comprende bene come nell'*e-commerce*, l'attività di intermediazione è svolta nel mercato a monte in cui il *provider* detiene una posizione di potenza

³¹ AGCM, op. cit., 78-79; G. Muscolo, *Big data e concorrenza. Quale rapporto?*, cit., 178 ss.

³² P. I. Colombo, *Self-preferencing: yet another epithet in need of limiting principles*, in *World Competition*, 43, no. 2020, 5-6; E. Aguilera Valdivia, *The scope of the "special responsibility" upon vertically integrated dominant firms after the google shopping case: is there a duty to treat rivals equally and refrain from favouring own related business?*, in *World Competition*, 41, no.1, 2018, 45; F. Lancieri, *Competition in digital markets: a review of expert reports*, in papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3681322#, in *Stigler Center Working Paper Series no. 303*, Agosto 2020, 34.

³³ Commissione europea, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, cit., par. 9-10; inoltre sul punto S. Bariatti, A. Sodano, op. cit., 253 ss.; G. D'Ippolito, *L'abuso di posizione dominante*, in *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, a cura di A. Catricalà, A. Cassano, G. Cassano, Torino, 2018, 551 ss.

³⁴ Commissione Europea, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa*, Com(2016) Bruxelles 288, final; 13-14; J. Crémer, Y. De Montjoye, H. Schweitzer, op. cit., 65-66.

³⁵ Autorité De La Concurrence e Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, op. cit., 19, (ultimo accesso 30 aprile 2020); J. Crémer, Y. De Montjoye, H. Schweitzer, op. cit., 65-66.

economica che verrà sfruttata a valle per rafforzare la propria dominanza nel mercato della distribuzione dei prodotti³⁶.

Quanto descritto in chiave teorica, viene rappresentato in modo paradigmatico nel caso Google Shopping che ha dato il la alla Commissione Europea per ampliare la casistica della pratiche anticompetitive e considerare il *self-preferencing* come comportamento abusivo, ai sensi dell'articolo 102 TFUE³⁷.

Il 27 giugno 2017 la Commissione Europea, dopo ben sette anni dalla ricezione delle prime denunce, ha condannato Google al pagamento di un'ammenda di importo pari 2,42 miliardi di Euro³⁸ per il comportamento abusivo consistito nell'aver trattato più favorevolmente, sia in termini di posizionamento sia di visualizzazione nelle sue pagine generali dei risultati di ricerca, il proprio servizio di acquisti comparativi rispetto ai servizi dello stesso genere offerti da operatori concorrenti³⁹.

È innegabile che la società di Mountain View abbia negli anni guadagnato la *leadership* assoluta nel mercato della ricerca generica⁴⁰, mentre fino alla decisione del 2017 è stato meno evidente l'altro mercato al quale Google aveva deciso di rivolgere la propria intenzione, quello dei servizi di comparazione dei prezzi.

Per comprendere le ragioni sottese alla decisione, è bene procedere con ordine e capire qual è il meccanismo mediante cui opera il motore di comparazione dei prezzi.

Ogni utente, collegandosi al motore di ricerca Google Search ed inserendo nella *google search bar* la parola chiave relativa al tema su cui intende avere informazioni, ha la possibilità di visualizzare i cosiddetti risultati generali di ricerca articolati in due diverse tipologie: la prima include sia i risultati generici (*generic search results*) che quelli specializzati (*specialised search research*), la seconda, quelli sponsorizzati (*online search advertisements*)⁴¹.

Questi ultimi costituiscono annunci pubblicitari selezionati attraverso il software Google Adwords (denominato dal 2018 Google Ads) per mezzo di un algoritmo che è in grado di raccogliere i dati sugli utenti ed interpretarne gusti e prefe-

³⁶ K. Stout, G.A. Manne, *Amazon is not essential, except to the EU's flawed investigation. An examination of the EU's misguided application of "essential facilities" theories to Amazon's e-commerce platform*, in <https://laweconcenter.org/wp-content/uploads/2019/03/Amazon-is-not-Essential-Issue-Brief-v-1.pdf>, 29 Marzo 2019, 3.

³⁷ Commissione UE, 27 giugno 2017, Caso AT.39740, *Google Search (Shopping)*, C(2017) 4444 final, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf, par. 341-342, (ultimo accesso: 1 Settembre 2020).

³⁸ Commissione UE, 27 giugno 2017, Caso AT.39740, *Google Search (Shopping)*, cit. par. 754, in cui viene riportata la cifra per intero pari ad Euro 2.424.495.000.

³⁹ Commissione UE, 27 giugno 2017, Caso AT.39740, *Google Search (Shopping)*, cit., par. 351.

⁴⁰ Cfr. AGCOM, op. cit., 18-19.

⁴¹ Commissione UE, 27 giugno 2017, Caso AT.39740, *Google Search (Shopping)*, cit., par. 9-10; inoltre A. Contaldo, F. Peluso, op. cit., 602.

renze. Ad ogni click degli internauti sull'annuncio (sistema *pay per click*), il motore di ricerca ottiene un corrispettivo dagli inserzionisti che lo hanno pubblicato⁴².

Orbene, nel caso Google Shopping, sono, invece, i risultati di ricerca generici e specializzati ad aver assunto rilievo.

I primi sono anche detti organici ed assumono la forma di link di colore blu (*blue links*). Sono associati ad una sintetica descrizione (*snippet*) della pagina web cui rinviano⁴³.

I secondi vengono definiti specializzati perché riportano informazioni specifiche in base al tipo di richiesta che l'utente solleva, in ciò si differenziano da quelli generici che, al contrario, mostrano qualsiasi tipo di informazione⁴⁴.

I contenuti specializzati derivano dai servizi di ricerca web verticali (*vertical search* o *specialised search services*) di Google, programmati per raggruppare insieme informazioni relative a prodotti o servizi della stessa categoria e, nella maggior parte dei casi, per essi vengono anche riportate le immagini⁴⁵.

Uno di questi è Google Shopping ossia un motore di comparazione dei prezzi online elaborato con lo scopo di consentire agli utenti, una volta digitata l'informazione desiderata nella *google search bar*, di raffrontare prodotti e prezzi in modo tale da individuare le offerte più convenienti proposte dal maggior numero di rivenditori digitali⁴⁶.

Il servizio è nato nel 2004 come "Froogle", dal 2007 è stato rinominato Google Product Search, ma solo a partire dal 2012 è stata lanciato Google Shopping, versione aggiornata ed evoluta del secondo⁴⁷. La necessità di rivedere il sistema si è palesata quando Froogle, non comparando fra i primi risultati del motore di ricerca, non riusciva ad attirare il traffico necessario ad incrementare il numero degli utenti⁴⁸ rilevandosi, di fatto, un fallimento. La posta in gioco era alta e Google non poteva permettersi di perdere quella fetta di mercato; sicché

⁴² Ivi, par. 18-22.

⁴³ Ivi, par.14.

⁴⁴ Ivi, par. 22-24; inoltre si veda Commissione Europea, Comunicazione della Commissione pubblicata ai sensi dell'articolo 27, paragrafo 4, del regolamento (ce) n.1/2003 del consiglio relativo al caso AT. 39740 – Google, in *eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC0426(02)&from=IT*, 26 aprile 2013, 1 (ultimo accesso: 3 settembre 2020) in cui nella nota numero 2 viene indicata la differenza fra i servizi di ricerca web verticali (ossia gli *specialised search results*), ed i servizi di ricerca web orizzontali (*general search results*) i quali permettono di ricercare ed ottenere informazioni in tutta la rete informatica, in modo del tutto indipendente dal contenuto delle informazioni.

⁴⁵ Ivi, par. 23-24.

⁴⁶ Ivi, par. 26-28 e par. 151; inoltre sul punto si veda M. Maggolino, M. Colangelo, *La manipolazione dell'informazione come illecito antitrust*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, 1, 13-14.

⁴⁷ Commissione UE, 27 giugno 2017, Caso AT.39740, *Google Search (Shopping)*, cit., par. 28 e 424.

⁴⁸ Ivi, par. 343 e 381; inoltre si veda B. Marques, *Is the competition truly just a click away?* in *Concurrentes*, 2018, 2, 35; T. Hoppner, op. cit., 210-211.

decise di mutare strategia, seppur a rischio di compromettere l'obbligo di pressione competitiva⁴⁹.

Le novità non hanno riguardato solo il nome del sistema, ma soprattutto il meccanismo immaginato dalla società californiana per accrescere la posizione di dominio sul mercato collegato dei servizi di acquisti comparativi. La società di Mountain View comprese innanzitutto che occorreva assicurare al suo servizio di comparazione dei prezzi una maggiore visibilità allo scopo di aumentare il traffico online. Tale obiettivo sarebbe stato raggiunto solo se Google Shopping fosse comparso nei primi risultati di ricerca visualizzati dagli internauti. Come accertato dalla Commissione europea nelle sue indagini, solitamente l'attenzione degli utenti viene catturata dai primi cinque risultati di ricerca generica, mentre quelli al di sotto di tale soglia non vengono presi in considerazione⁵⁰.

È evidente che, per risultare primi, si doveva escludere i siti concorrenti dalla posizione che Google voleva raggiungere per cui si pensò bene di retrocederli nei risultati, facendo leva sulla posizione di potenza economica detenuta nel mercato della ricerca generica su internet⁵¹.

Per mettere in atto questa strategia escludente, la società si è avvalsa dei sistemi di *ranking* costituiti da una serie di algoritmi usati nella ricerca generica in internet per ordinare le pagine dei siti web nell'indice di ricerca Google e selezionare fra le migliaia di informazioni solo quelle pertinenti ed utili alla *query* avanzata dall'utente⁵². Gli algoritmi, nell'operare tale scrematura, verificavano *in primis* il rispetto delle "Webmaster Guidelines" ossia un insieme di indicatori di qualità della Ricerca, in uso all'epoca del caso Google Shopping⁵³.

Grazie alle indagini, si è provato che l'uso dell'algoritmo denominato "Panda"⁵⁴ ha consentito alla società californiana di far retrocedere – nei risultati di ricerca generici – i servizi di acquisti comparativi concorrenti all'interno delle pagine di ricerca generale rendendoli, di conseguenza, meno visibili agli occhi degli utenti⁵⁵. Detto in altri termini, diminuiva l'indicizzazione dei risultati di

⁴⁹ Commissione UE, Comunicato stampa, *Antitrust: multa di 2,42 miliardi di Euro a Google per il vantaggio illegale conferito al proprio servizio di acquisti comparativi*, [⁵⁰ Ivi, par. 454-455.](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_17_1784#:~:text=La%20Commissione%20europea%20ha%20imposto,il%20servizio%20di%20acquisto%20comparativo,Bruxelles,27%20giugno%202017,(ultimo%20accesso%202%20ottobre%202020);I.Graef,Rethinking%20the%20essential%20facilities%20doctrine%20for%20the%20EU%20digital%20economy,in%20TILEC%20Discussion%20Paper,no.28,2019,57.</p></div><div data-bbox=)

⁵¹ M. Maggolino, M. Colangelo, op. cit., 14.

⁵² Google, *Come funzionano gli algoritmi della ricerca*, in www.google.com/intl/it/search/howsearchworks/algorithms/, (ultimo accesso 1 ottobre 2020).

⁵³ Commissione UE, 27 giugno 2017, Caso AT.39740, *Google Search (Shopping)*, cit., par. 345-349.

⁵⁴ Ivi, par. 349 -359.

⁵⁵ *Ibidem*; inoltre si veda Commissione Europea, Sintesi della decisione della Commissione del 27 giugno 2017 relativa a un procedimento a norma dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dell'articolo 54 dell'accordo SEE, (Caso AT.39740 – Google Search (Shopping), 2018/C 9/08,

ricerca online dei *competitors* che, secondo il parere discrezionale della società californiana, non rispettavano gli *standards* previsti dalle sue linee guida, proponendo contenuti di bassa qualità e poco originali⁵⁶.

Al contrario, il servizio offerto da Google, non essendo sottoposto all'operazione di filtraggio dell'algoritmo Panda, guadagnava una posizione di primaria importanza sulle pagine generali di ricerca divenendo, così, il primo ad essere visualizzato⁵⁷.

La società aveva conseguito lo scopo che si era prefissata: migliorare la propria visibilità nelle ricerche generali e, dunque, incrementare il traffico degli utenti sul suo servizio di comparazione dei prezzi, seppur a discapito della concorrenza⁵⁸.

A parere della Commissione, la strategia elaborata va inquadrata nell'ambito del *self-preferencing*. L'aver posizionato Google Shopping fra i primi risultati della ricerca in internet, facendo retrocedere i concorrenti, dimostra come la società californiana abbia preferito il proprio servizio di acquisti comparativi a quelli della concorrenza⁵⁹.

Tale comportamento rappresentava una pratica abusiva in quanto perpetrata in spregio ai principi della concorrenza ed alla libertà di scelta dei consumatori⁶⁰ ai sensi dell'articolo 102 TFUE.

Ora, per comprendere le ragioni in base alle quali il *self-preferencing* viene ritenuto un comportamento illecito, occorre focalizzarsi sui concetti chiave di "*leveraging*" ed "*equal treatment*".

Il primo termine si lega al *modus operandi* delle piattaforme verticalmente integrate, le quali, invece, di competere in base ai propri meriti, fanno leva (*to*

in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2018:009:FULL&from=EN>, 12 gennaio 2018, par. 12; L. Calzolari, op. cit., 3.

⁵⁶ Commissione UE, 27 giugno 2017, Caso AT.39740, *Google Search (Shopping)*, cit., par. 348 e 358; E. Iacobucci, F. Ducci, *The Google search case in Europe: tying and the single monopoly profit theorem in two-sided markets*, in *Eur. J. Law Econ.*, Vol. 47(1), 2019, 18; A. Contaldo, F. Peluso, op. cit., 602.

⁵⁷ Commissione UE, 27 giugno 2017, Caso AT.39740, *Google Search (Shopping)*, cit., par. 379-382; inoltre, I. Graef, *Rethinking the essential facilities doctrine for the EU digital economy*, cit., 57; Commissione Europea, Sintesi della decisione della Commissione del 27 giugno 2017 relativa a un procedimento a norma dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dell'articolo 54 dell'accordo SEE, cit., par. 13; M. Maggiolino, M. Colangelo, op. cit., 14; P. Akman, *The theory of abuse in Google Search: a positive and normative assessment under EU Competition Law*, in *Journal of Law, Technology & Policy*, Vol. 2017, 2017, 2, 303-304.

⁵⁸ Commissione UE, 27 giugno 2017, Caso AT.39740, *Google Search (Shopping)*, cit., par. 452-453.

⁵⁹ Ivi, par. 341; C. De Sousa Pedro, op. cit., 2; inoltre si vedano Commissione UE, Comunicato stampa, Antitrust: multa di 2,42 miliardi di Euro a Google per il vantaggio illegale conferito al proprio servizio di acquisti comparativi, cit., 1-2; Servizio studi Camera Dei Deputati, Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione, Dossier n° 433, in <http://documenti.camera.it/Leg17/Dossier/Pdf/AP0065.Pdf>, Schede di lettura, 2 maggio 2016, 17-18, (ultimo accesso: 20 aprile 2020); L. Calzolari, op. cit., 3; si veda inoltre Commissione UE, 27 giugno 2017, Caso AT.39740, *Google Search (Shopping)*, cit., par. 341; P. Akman, op. cit., 304; A. Portuese, *When demotion is competition: algorithmic antitrust illustrated*, in *Concurrences*, 2, 2018, 26; E. Aguilera Valdivia, op. cit., 44-45.

⁶⁰ N. Banasevic, *Lessons from the Google Shopping decision*, in *Concurrences*, 2018, 2, 31; A. Contaldo, F. Peluso, op. cit. 604.

leverage) sulla posizione dominante guadagnata nel mercato a monte per estendere ed affermare il proprio dominio nei mercati a valle⁶¹.

Il problema da affrontare sta nel capire che cosa significhi per l'impresa verticalmente integrata far leva sulla posizione di dominio detenuta a monte.

Ebbene, il caso deciso dalla Commissione europea costituisce un'esemplificazione del modo in cui il *leveraging* venga usato per sfruttare abusivamente il potere di mercato in ipotesi di integrazione verticale.

Difatti, Google ha fatto leva sulla posizione di potenza economica vantata a monte nel mercato della ricerca generica in internet. Sfruttandola in modo abusivo, il motore di ricerca è riuscito a modificare illecitamente l'ordine in cui comparivano i risultati nelle pagine generali, al solo scopo di accordare un vantaggio illegale al proprio servizio "Google Shopping"⁶².

Tutto ciò grazie a quella posizione di *leadership* che lo rendeva l'unico in grado di governare gli algoritmi per l'indicizzazione delle pagine dei siti web, compresi quelli di comparazione dei prezzi e, quindi, il solo in grado di pilotare il posizionamento delle pagine sulla rete⁶³.

È evidente che, come sostenuto dalla Commissione, la concorrenza praticata dalla società digitale sul mercato dei servizi di acquisti comparativi non poteva certo dirsi basata sui propri meriti⁶⁴.

In primo luogo perché il traffico principale, fonte di introiti nei mercati digitali, aumentava per Google Shopping, ma si riduceva per i servizi *competitors*.

In secondo luogo, alla massimizzazione dei profitti per la società californiana corrispondeva un danno a carico non solo dei concorrenti – i quali non erano più non spronati ad innovare – ma anche dei consumatori che venivano limitati, di fatto, nella loro libertà di scelta⁶⁵.

Secondo le argomentazioni della Commissione europea, il carattere abusivo del trattamento preferenziale non sarebbe desumibile solo dall'aver escluso ingiustamente i concorrenti dai primi risultati di ricerca, praticando una concorrenza sleale e non basata sui meriti, ma anche dall'aver violato il principio di parità di trattamento (*principle of equal treatment*) strettamente connesso alla speciale responsabilità gravante sulle imprese dominanti.

⁶¹ Commissione UE, 27 giugno 2017, Caso AT.39740, *Google Search (Shopping)*, cit., par. 334; inoltre si vedano, J. Crémer, Y.e De Montjoye, H. Schweitzer, op. cit., 66.

⁶² T. Hoppner, op. cit., 212-213; A. Contaldo, F. Peluso, op. cit., 606; N. Banasevic, op. cit., p. 31.

⁶³ N. Banasevic, op. cit., 31.

⁶⁴ E. Aguilera Valdivia, op. cit., 45-46.

⁶⁵ Commissione UE, 27 giugno 2017, Caso AT.39740, *Google Search (Shopping)*, cit., par. 341; Commissione UE, Comunicato stampa, Antitrust: multa di 2,42 miliardi di Euro a Google per il vantaggio illegale conferito al proprio servizio di acquisti comparativi, cit., 1-2; M. Maggolino, M. Colangelo, op. cit., 14-15; A. Contaldo, F. Peluso, op. cit., 606; N. Banasevic, op. cit., 32.

Per valutare in che termini la pronuncia abbia parlato di parità di trattamento, occorre ricordare come il diritto della concorrenza addebita ad ognuna delle imprese aventi una posizione dominante una speciale responsabilità⁶⁶. In base ad essa, l'impresa deve astenersi dall'abusare del proprio potere, evitando tutte quelle pratiche che, se venissero attuate da imprese non dominanti, sarebbero senz'altro lecite⁶⁷. La Commissione europea ritiene che tale speciale responsabilità derivi dal dovere dell'impresa dominante di non compromettere il corretto e leale svolgimento della concorrenza effettiva nel mercato⁶⁸, mediante l'adozione di condotte discriminatorie che avvantaggiano taluni *competitors*, a danno di altri.

A tal proposito, la decisione sul caso Google Shopping, ha rilevato che la concorrenza non viene falsata quando l'impresa monopolista assicura pari opportunità (*equality of opportunity*) ai suoi diretti concorrenti nel mercato digitale⁶⁹.

Dal ragionamento della Commissione europea si desume che il principio di parità di trattamento impone un dovere di non discriminazione in base al quale la piattaforma verticalmente integrata garantisce ai *competitors* a valle di poter "duellare" ad armi pari, senza subire discriminazioni di sorta.

Ne costituisce un chiaro esempio il rimedio proposto per porre fine alla pratica escludente. Difatti, ai sensi dell'articolo 7, par. 1 del Regolamento (CE) 1/2003, la Commissione, una volta accertata la violazione dell'articolo 102 TFUE, «può obbligare, mediante decisione, le imprese interessate a porre fine all'infrazione constatata. A tal fine può imporre loro l'adozione di tutti i rimedi comportamentali o strutturali, proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione stessa». Alla luce del suddetto dettato normativo, l'istituzione europea ha chiesto a Google di adottare un rimedio che avesse come effetto immediato non solo impedire la retrocessione dei concorrenti, ma sottoporre anche i servizi concorrenti alle stesse procedure ed agli stessi metodi di posizionamento e di visualizzazione cui era sottoposto il servizio Google Shopping⁷⁰.

In tal modo, la società di Mountain View è stata richiamata al rispetto del principio della parità di trattamento tra i servizi di acquisti comparativi concorrenti ed il proprio servizio⁷¹ per assicurare una concorrenza effettivamente basata sui meriti ed impedire a società simili di negare ai concorrenti la possibilità di

⁶⁶ S. Bariatti, A. Sodano, op. cit., 274-275; F. Ghezzi, G. Olivieri, cit., 201 ss.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ S. Bariatti, A. Sodano, cit., 274-275.

⁶⁹ Commissione UE, 27 Giugno 2017, Caso AT.39740, *Google Search (Shopping)*, cit., parr. 331-332; I. Graef, *Rethinking the essential facilities doctrine for the EU digital economy*, cit., 7-58.

⁷⁰ Commissione UE, 27 giugno 2017, Caso AT.39740, *Google Search (Shopping)*, cit., parr. 693-700; Commissione UE, Comunicato stampa, Antitrust: multa di 2,42 miliardi di Euro a Google per il vantaggio illegale conferito al proprio servizio di acquisti comparativi, cit., 3; T. Hoppner, op. cit., 221.

⁷¹ Commissione UE, Comunicato stampa, Antitrust: multa di 2,42 miliardi di Euro a Google per il vantaggio illegale conferito al proprio servizio di acquisti comparativi, cit., 3.

competere ad armi pari; perché, come, giustamente, ricorda il Commissario europeo per la concorrenza Margrethe Vestager occorre che anche alle imprese digitali sia data la possibilità di «[...] *compete in equal terms*»⁷².

3. *Profili critici in tema di self-preferencing alla luce del caso Google Shopping*

La pratica del *self-preferencing* solleva molte criticità in quanto risulta arduo individuare le basi legali per poter dire se esista o meno un dovere di non favorire se stessi che sia riconducibile ad un dovere più ampio di non discriminazione e, dunque, imporre un obbligo di parità di trattamento alle piattaforme digitali verticalmente integrate⁷³.

Non è stato facile per i commentatori del caso Google Shopping dare una risposta univoca anche in considerazione del fatto che la Commissione non menziona il termine *self-preferencing* ed, inoltre, non accenna all'esistenza di un dovere per la piattaforma online di trattare i prodotti o servizi dei concorrenti alle stesse condizioni e procedure predisposte per i propri⁷⁴.

Per tale ragione, il concetto di *self-preferencing* è stato ricavato in via interpretativa, ma è sulla liceità o meno di tale condotta che si è aperta un'accesa diatriba, come dimostrano i diversi pareri discordanti rintracciabili in letteratura.

Il dibattito vede contrapporsi da un lato coloro i quali non concepiscono il trattamento preferenziale come un illecito antitrust e dall'altro la posizione di chi sostiene che la condotta sarebbe illecita ed ascrivibile all'alveo delle pratiche escludenti di cui all'articolo 102 TFUE.

Quanti negano che il *self-preferencing* possa essere perseguito come abuso di posizione dominante, basano la propria affermazione sul fatto che il dovere dell'impresa di non favorire la propria strategia di business allo scopo di tutelare i propri concorrenti non trova spazio né nel diritto della concorrenza dell'Unione Europea, né nella giurisprudenza comunitaria⁷⁵.

⁷² M. Vestager, *Technology with purpose*, https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/technology-purpose_en, D-Congress, Gothenburg, 5 marzo 2020 (ultimo accesso: 25 agosto 2020), 4 in cui il Commissario europeo ha messo in luce i rischi derivanti dal doppio ruolo delle piattaforme come giocatori ed arbitri dei mercati digitali.

⁷³ P. Caro De Sousa, *op.cit.*, 3 ss; Digital Freedom Fund, *Self-preferencing and EU competition law*, https://digitalfreedomfund.org/wp-content/uploads/2020/05/5_DFF-Factsheet-Self-preferencing-and-EU-competition-law.pdf, (ultimo accesso: 5 settembre 2020).

⁷⁴ *Ibidem*, 4; B. Vesterdorf, *Theories of self-preferencing and duty to deal –two sides of the same coin?*, in *Competition Law & Policy Debate*, Vol. 1,1, 2015, 4 ss.; E. Iacobucci, F. Ducci, *op. cit.*, 18; P. Akman, *op. cit.*, 305; A. Portuese, *op. cit.*, 26.

⁷⁵ B. Vesterdorf, *op. cit.*, 5 ss.; P.I. Colombo, *op. cit.*, 5 ss.; P. Akman, *op. cit.*, 306.

Se così fosse si sarebbe di fronte al paradosso per cui, piuttosto che assicurare la concorrenza sui mercati interessati, si andrebbe a svuotarla di significato. Difatti, costringere l'impresa a non migliorarsi, eliminerebbe in radice la concorrenza: non vi può essere competizione se l'essere più bravi di altri costituisce un demerito o meglio, una colpa dell'imprenditore più capace.

Le piattaforme multiversante garantiscono l'accesso ad un gran numero di utenti e ciò favorisce certamente quegli operatori economici che non avrebbero altrimenti la possibilità, soprattutto per ragioni geografiche, di intercettare quella clientela che il *marketplace* gli consente di raggiungere⁷⁶.

Sebbene questo aspetto rappresenti ovviamente un incentivo ad aderire alla piattaforma, dall'altro lato va rilevato che l'utente del *marketplace* deve accettare anche il risvolto negativo di tale adesione.

Difatti, il gestore per migliorare i servizi offerti ai suoi utenti ha necessità di investire la maggior parte degli utili in ricerca e innovazione per cui non può essergli negato il diritto di favorire la propria attività di business, seppur a rischio di marginalizzare quei *competitors* che sono meno efficienti.

L'importante è che ciò avvenga solo in base ai propri meriti, ossia grazie all'efficienza ed alla capacità inventiva di cui l'impresa digitale è dotata.

Secondo tale concezione, il trattamento più favorevole che l'impresa verticalmente integrata riserva a se stessa costituisce una manifestazione del principio di concorrenza basata sui meriti⁷⁷. Pertanto, ritenerlo illecito si rivelerebbe controproducente e l'obbligo di parità di trattamento rischierebbe di compromettere contemporaneamente concorrenza ed innovazione⁷⁸.

Non solo, vi è di più. I sostenitori di tale indirizzo reputano che il *self-preferencing* possa contribuire maggiormente alla tutela del benessere dei consumatori⁷⁹.

Per capire meglio tale assunto, basta tener conto del rimedio proposto dalla Commissione nel caso Google Shopping ossia sottoporre tanto il servizio di acquisti comparativi di Google quanto quello dei concorrenti all'indicizzazione del medesimo algoritmo. Contrariamente a quanto sostenuto nella decisione, se ciò si verificasse, gli utenti ne ricaverebbero un danno in termini di qualità dei

⁷⁶ G.A. Manne, *Against the vertical discrimination presumption*, in *Concurrences*, 2020, 2, 2-3.

⁷⁷ P.I. Colombo, op. cit., 5 ss. Inoltre Corte Giustizia sentenza 6 settembre 2017, C-413/14, *Intel corporation Inc.*, ECLI:EU:C:2017:632, in cui la Corte di Giustizia ha chiarito che «[...] occorre ricordare che l'articolo 102 TFUE non ha assolutamente lo scopo di impedire ad un'impresa di conquistare, grazie ai suoi meriti, una posizione dominante su un dato mercato. Tale disposizione non è diretta neppure a garantire che rimangano sul mercato concorrenti meno efficienti dell'impresa che detiene una posizione dominante. In tal senso, non tutti gli effetti di esclusione dal mercato pregiudicano necessariamente la concorrenza. Per definizione, la concorrenza basata sui meriti può portare alla sparizione dal mercato o all'emarginazione dei concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori, segnatamente dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità o dell'innovazione».

⁷⁸ B. Vesterdorf, op. cit., 6; P.I. Colombo, op. cit., 5 ss.; A. Portuese, op. cit., 26 ss; G. A. Manne, *Against the vertical discrimination presumption*, cit., 2-3.

⁷⁹ P. Akman, op. cit., 367-368.

risultati di ricerca mostrati nelle pagine generali nella rete⁸⁰. L'algoritmo Panda non opererebbe più da filtro in quanto non farebbe retrocedere i servizi di comparazione con contenuti di bassa qualità e non in linea con le indicazioni delle Webmaster Guidelines. Agli internauti verrebbero mostrati un gran numero di informazioni, fra le quali anche quelle meno adeguate alla *query* sollevata dall'utente e, dunque, meno confacenti alle sue preferenze.

Si presume, invece, che chi si rivolge al motore di ricerca di Google piuttosto che ad un altro, fa affidamento sulla sua abilità di selezionare, fra milioni di informazioni, solo quelle più adeguate alle sue aspettative⁸¹. Se ne deduce che se mostrasse indistintamente un elevato numero di risultati senza tener conto della parola chiave digitata nella *google bar search*, disattenderebbe completamente le aspettative dell'utente che non avrebbe più motivo di sceglierlo fra i tanti *competitors*.

Sul versante opposto, si collocano i commentatori del caso Google Shopping che sottolineano come il favorire se stessi sia una pratica abusiva ai sensi dell'articolo 102 TFUE⁸².

Pur essendo concordi nel ritenere che la pronuncia contro Google non abbia espressamente dichiarato il *self-preferencing* come anticoncorrenziale, ritengono che l'esistenza dell'abuso vada ricavata in via interpretativa dall'articolo 102 TFUE, il quale costituisce la base legale da cui partire per accertare se l'impresa verticalmente integrata – che occupa una posto di rilievo nel mercato a monte – sfrutti in modo abusivo tale posizione, trattando, dunque, più favorevolmente i suoi prodotti o servizi, seppur a discapito dei concorrenti nel mercato a valle.

Innanzitutto, come già ricordato, l'articolo 102 TFUE non contiene un elenco esaustivo dei possibili abusi ed, in virtù di tale flessibilità, riesce ad abbracciare anche eventuali nuove condotte illecite.

Ebbene, i sostenitori del *self-preferencing* come abuso di posizione dominante tendono dunque a dimostrare l'illiceità della condotta rifacendosi a quell'insegnamento della Corte di Giustizia secondo cui, per determinare se un dato comportamento dell'impresa dominante possa definirsi illecito ai sensi dell'articolo 102 TFUE, è necessario valutare se la condotta sia finalizzata ad attuare una delle pratiche abusive elencate dalla disposizione ossia:

«[...] *chiudere l'accesso al mercato dei concorrenti, applicare a controparti commerciali condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, creando loro in tal modo uno svan-*

⁸⁰ A. Portuese, op. cit., 27-28.

⁸¹ P. Akman, op. cit., 368.

⁸² N. Petit, *Theories of self-preferencing under article 102 TFUE: a reply to B. Vestendorf*, in *Competition Law & Policy Debate*, n. 1, 2015, 2 ss.; R. Nazzini, *Google and the (Ever-Stretching) Boundaries of Article 102*, in *J. Competition Law Econ.*, 2015, 301, 9-13.

taggio concorrenziale, o a rafforzare la posizione dominante mediante una concorrenza falsata»⁸³.

Si deve, dunque, valutare se il trattamento preferenziale sia una pratica abusiva autonoma riconducibile i) al rifiuto di concedere l'accesso ad un input essenziale per competere (*refusal to supply*); ii) alle pratiche discriminatorie (*discriminations*) ed infine iii) alle pratiche leganti (*tying practices*). All'interno di tale filone della dottrina, alcuni sostengono che si tratti di una categoria onnicomprensiva che abbia al suo interno alcuni degli elementi tipici di ciascuna categoria di abuso escludente già tipizzati dalla giurisprudenza comunitaria⁸⁴.

Il rifiuto di concedere l'accesso rientra nella dottrina delle *essential facilities* e presuppone che l'impresa disponga di un'infrastruttura essenziale da rendere disponibile anche ai concorrenti, in modo tale da consentirgli di operare nel mercato a valle alle stesse condizioni dell'*incumbent*⁸⁵.

Per poter dire di essere di fronte ad un input essenziale vanno soddisfatte le quattro condizioni formalizzate nel caso Brönner contro Mediaprint deciso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel 1998: l'indispensabilità dell'infrastruttura, la non duplicabilità della stessa, il diniego di accesso alla *facility* ed, infine, l'impossibilità di giustificare il rifiuto opposto⁸⁶.

Ebbene, si rivela necessario verificare se l'*essential facilities doctrine* sia applicabile al caso Google Shopping, accertando se il servizio fornito dal motore di ricerca possa ritenersi indispensabile e, quindi, necessario per consentire ai rivali dell'impresa dominante di svolgere a valle la propria attività economica⁸⁷.

In letteratura si registrano opinioni divergenti. Benché taluni siano favorevoli a riconoscere come illecito, il trattamento preferenziale, hanno comunque escluso di poter concepire la piattaforma di ricerca generica gestita da Google come un'infrastruttura essenziale, constatando che il servizio offerto non può in alcun modo considerarsi indispensabile alla stregua della *essential facilities doctrine*.

È assodato che i servizi di acquisti comparativi concorrenti di Google Shopping possano avvalersi anche di altri motori di ricerca ed avere comunque visibilità sul web; ciò vale a confutare la tesi che la piattaforma progettata dalla società di Mountain View sia necessaria per svolgere la propria attività⁸⁸.

⁸³ Commissione UE, 27 giugno 2017, Caso AT.39740, *Google Search (Shopping)*, cit., par. 336.

⁸⁴ Digital Freedom Fund, op. cit., 1.

⁸⁵ G. D'Ippolito, op. cit., 570-573; F. Ghezzi, G. Olivieri, op. cit., 216-217.

⁸⁶ D. Durante, G.G. Moglia, A. Nicita, *La nozione di "Essential Facilities" tra regolamentazione e anti-trust. La costruzione di un test*, in *Merc. conc. reg.*, 2001, 2, 260-266.

⁸⁷ R. Nazzini, op. cit., 11-12; P. Caro De Sousa, op. cit., 5; E. Iacobucci, F. Ducci, op. cit., 21-23.

⁸⁸ B. Vesterdorf, op. cit., 8-9, in cui l'Autore nega che possa essere imposto un obbligo per l'impresa digitale – dominante nel mercato a monte – di trattare a valle i prodotti dei concorrenti allo stesso modo dei suoi prodotti. Ciò nonostante, sostiene che vi è un solo caso in cui il *self-preferencing* può essere abusivo ovvero

Le cose cambiano se, come sostenuto da altri, invece, è il raggiungimento di un dato posizionamento nella pagina generale di ricerca ad essere ritenuto essenziale. Se così fosse, il comportamento del *self-preferencing* costituirebbe un “*refusal to supply an input*”⁸⁹.

La retrocessione dei concorrenti praticata mediante algoritmo, si tradurrebbe in un rifiuto ingiustificato da parte di Google di concedere l’accesso ad un servizio necessario ed essenziale per competere con l’incumbent e ottenere una maggiore visibilità⁹⁰.

Altra possibilità fra i sostenitori del trattamento preferenziale come illecito antitrust, sarebbe il ricondurre la condotta alle pratiche discriminatorie previste ai sensi dell’articolo 102, par. 2, lett. c) TFUE⁹¹. All’azienda americana, si contesterebbe di aver discriminato i servizi concorrenti di acquisti comparativi per favorire il proprio servizio di comparazione⁹². È stato semplice riferire tale comportamento ad una pratica discriminante perché comunemente utilizzata dalle imprese verticalmente integrate per ottenere un vantaggio illegale nei mercati a valle, allo scopo di espandere il proprio potere anche in mercati collegati.

La condotta discriminatoria comporta la violazione del principio di parità di trattamento che impone di applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti le medesime condizioni⁹³.

A tal proposito, si è replicato che la norma si riferisce ai rapporti commerciali che l’impresa leader del mercato di riferimento vanta con i terzi, siano essi clienti o fornitori e distributori⁹⁴, mentre i servizi di acquisti comparativi concorrenti di Google Shopping non sono “*other trading parties*”, come prevede la disposizione⁹⁵.

Fin quando i rivali non sono controparti negoziali del motore di ricerca, nessuna pratica discriminatoria può essere addebitata alla società che si avvale del trattamento preferenziale⁹⁶.

quando venga dimostrato che il servizio offerto da Google sia un *essential facility*; inoltre N. Petit, *op.cit.*, 7-8; A. Portuese, *op. cit.*, 2.

⁸⁹ R. Nazzini, *op. cit.*, 12-13.

⁹⁰ R. Nazzini, *op. cit.*, 12; P. Akman, *op. cit.*, 310-311; J. Miroslav, *op. cit.*, 7.

⁹¹ Articolo 102, par. 2, lett. c), TFUE secondo cui una delle pratiche abusive può consistere «*nell’applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza*».

⁹² J. Miroslav, *op. cit.*, 7.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ F. Ghezzi, G. Olivieri, *op. cit.*, 223-224; nello stesso senso S. Bariatti, A. Sodano, *op. cit.*, 324-325 in cui si evidenzia che questo tipo di discriminazione incide sulla *secondary line injury* ovvero la relazione commerciale fra l’impresa dominante ed i fornitori; P. Akman, *op. cit.*, 329.

⁹⁵ N. Petit, *op. cit.*, 3-4; P. Caro De Sousa, *op. cit.*, 6-7.

⁹⁶ T. Hoppner, *op. cit.*, 210; E. Iacobucci, F. Ducci, *op. cit.*, 20-21; E. Aguilera Valdivia, *op. cit.*, 58-62.

Tale considerazione non sembra fondata visto che preferire i propri prodotti o servizi, a discapito dei *competitors*, costituisce indubbiamente un modo per operare un distinguo e, dunque, porre le basi per trattare situazioni uguali in modi diversi.

È pur vero che gran parte della dottrina non ha demonizzato le strategie discriminatorie perché possono avere anche un effetto procompetitivo a patto che non ledano il libero gioco della concorrenza, ma anzi lo facilitino, spingendo i concorrenti dell'impresa verticalmente integrata a migliorarsi e rendere più efficienti le proprie prestazioni⁹⁷. Da tale prospettiva, non avrebbe senso, ipotizzare un dovere di parità di trattamento.

Si può accennare brevemente che si è diffusa anche l'idea secondo cui nello specifico settore della ricerca generica in internet il principio di eguaglianza di trattamento dovrebbe tradursi nel concetto di *search neutrality*, ossia un dovere dei motori di ricerca di non favorire palesemente determinati siti web a svantaggio di altri, a meno che la discriminazione fra risultati non venga operata sulla scorta dell'efficienza e della capacità di innovazione di ciascuno di essi⁹⁸.

Si tratta di una possibilità impraticabile, in quanto gli algoritmi di ricerca sono progettati, per definizione, per operare delle discriminazioni, dovendo scegliere quali pagine web far comparire per prime e quali no⁹⁹. Se dovessero indicizzare tutti i risultati allo stesso modo, ne sarebbe lesa l'aspettativa degli utenti che vogliono trovare velocemente un risultato in linea con la propria *query*.

Infine, si è tentato di ipotizzare che il *self-preferencing* possa costituire, come abuso di posizione dominante, una pratica legante e, nello specifico, un'ipotesi di *tying*, così come disciplinata all'articolo 102, par.2, lett.d) TFUE¹⁰⁰.

La pratica di *tying* detta anche "vendita abbinata" si traduce in quella situazione in cui il cliente che acquista un prodotto (c.d. prodotto principale o legante) dall'impresa dominante è poi obbligato ad acquistare dalla stessa anche un altro prodotto (c.d. prodotto abbinato o legato)¹⁰¹ che magari non vorrebbe comprare. Affinché si possa dire di essere dinanzi ad una *tying practice* occorre verificare la sussistenza di due requisiti che la stessa Commissione europea ha individuato nel caso Microsoft¹⁰². Il prodotto principale e quello abbinato devono esse-

⁹⁷ E. Aguilera Valdivia, op. cit., 48-53.

⁹⁸ Ivi, 62-64.

⁹⁹ *Ibidem*, inoltre, A. Portuese, op. cit., 27; P.I. Colombo, op. cit., 15.

¹⁰⁰ E. Iacobucci, F. Ducci, op. cit., 24 ss.; P. Caro De Sousa, op. cit., 7.

¹⁰¹ Commissione Europea, Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali, cit., par. 46 ss.; Commissione Europea, *Guidance on Article 102 Enforcement Priorities applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, eurllex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN, Bruxelles, 24 febbraio 2009 (ultimo accesso 22 ottobre 2020), par. 47.

¹⁰² Trib. I grado UE, 17.09.2007, *Microsoft*, Caso T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, punto 914-944.

re distinti ossia devono potersi vendere in modo separato ed, inoltre, la vendita abbinata deve avere un effetto coercitivo ed anticompertitivo.

Ora, partendo dalle ultime due caratteristiche, la strategia produce un effetto coercitivo quando costringe i clienti a comprare accanto al prodotto principale anche quello legato, pur se in realtà sono interessate solo al primo, mentre è anti-compertitiva nel momento in cui esclude le imprese concorrenti dal mercato del prodotto abbinato¹⁰³. Si noti che tale *modus operandi* consente all'impresa dominante di estendere il proprio potere economico anche nel mercato del prodotto abbinato collegato a quello già dominato¹⁰⁴.

Con riguardo l'altro tratto distintivo della pratica legante relativo ai prodotti che devono potersi vendere separatamente, va precisato che essi devono essere dotati di funzionalità diverse.

Secondo alcuni commentatori, il *self-preferencing* adottato da Google rispetterebbe tutti requisiti per essere considerato un'ipotesi di pratica legante.

In primo luogo, la Commissione europea ha dimostrato che il motore di ricerca detiene una posizione di potenza economica effettiva nel mercato della ricerca generica in internet. Pertanto, il prodotto principale sarebbe rappresentato dal servizio di ricerca generale al quale si accede mediante la *query* dell'utente sulla *google search bar*, mentre il prodotto abbinato sarebbe il servizio di ricerca specializzato per la comparazione dei prezzi ossia Google Shopping¹⁰⁵. Può, dunque, sostenersi che i due prodotti siano diversi perché non è detto che per accedere ai servizi di acquisti comparativi, l'utente debba passare per forza per la pagina generale in cui compaiono risultati di ricerca generici e specializzati¹⁰⁶.

Si pensi alla possibilità di accedere a siti concorrenti come Amazon o Ebay, mediante la digitalizzazione dell'indirizzo ufficiale del sito direttamente nella stringa collocata in alto nella barra degli strumenti ed alla diversa funzionalità che il motore di ricerca possiede rispetto al servizio di acquisti comparativi.

In secondo luogo, l'effetto coercitivo del *tying* è ravvisabile quando Google, grazie alla posizione di forza che vanta come motore di ricerca, riesce ad imporre ai consumatori la visualizzazione dei risultati della pagina di ricerca generale (prodotto legante), oltre a quelli che compaiono sul servizio Google Shopping (prodotto legato) e che, magari, l'utente non voleva visualizzare. Google obietta che non vi sarebbe stata alcuna coercizione della libertà di scelta dell'utente, chi naviga fra i risultati visualizzati nella pagina generale non è costretto a cliccare sui primi risultati; ben potendo scorrere e selezionare quelli generici collocati in fondo alla pagina.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ Ivi, par. 52; inoltre sul punto S. Bariatti, A. Sodano, op. cit., 332; N. Petit, op. cit., 5-6.

¹⁰⁵ P. Akman, op. cit., 346-347.

¹⁰⁶ E. Iacobucci, F. Ducci, op. cit., 27-28.

Sebbene l'argomentazione sia valida, omette (forse, di proposito) di considerare quello che è stato provato nel corso delle indagini della Commissione europea sul comportamento degli utenti durante la navigazione, ossia che gli occhi dell'internauta sono colpiti *in primis* dai risultati posizionati nelle prime cinque posizioni, in quanto sono quelli che vengono visualizzati per primi.

Tale meccanismo è frutto della capacità di elaborazione dell'algoritmo di ricerca che, operando da filtro nell'indicizzazione delle pagine, colloca fra i primi risultati quelli di maggior qualità e più pertinenti alla *query*, inducendo gli utenti a cliccarvi più spesso. Dunque, l'algoritmo opera la sua selezione (o meglio la sua discriminazione) accertando chi fra i *competitors* abbia rispettato le Webmaster Guidelines, il cui inadempimento comporta inesorabilmente la retrocessione nei risultati. È evidente, quindi, che i concorrenti, pur di non venire retrocessi, scelgano di adeguarsi ai criteri dettati da Google. Allo stesso modo, gli utenti accettano di subire una coercizione della propria libertà di scelta al solo fine di visualizzare i risultati di ricerca migliori in termini di qualità¹⁰⁷.

Sull'effetto anticompetitivo va ricordato che la retrocessione delle pagine generali costituisce un comportamento contrario ai principi della concorrenza, anche se è stato considerato che, nel progettare l'algoritmo di ricerca, non si possono imporre dei limiti alla ricerca ed all'innovazione, in quanto la concorrenza basata sui meriti verrebbe soffocata sul nascere¹⁰⁸.

In sintesi, appare evidente che trarre una conclusione unica sul trattamento preferenziale sia molto complicato per la dottrina alla luce del fatto che non può negarsi un suo effetto procompetitivo, laddove spinga le imprese a migliorarsi costantemente al fine di non essere fagocitate da chi ha una maggiore potenza economica sul mercato.

Il problema nasce, però, quando il competere non ad armi pari ha l'effetto contrario di escludere i concorrenti dal mercato di riferimento, facendo dell'impresa in posizione dominante l'unico referente dei consumatori.

Per tale ragione, ben è stato sottolineato che non è tanto il *self-preferencing* in sé ad essere abusivo, quanto l'uso che ne viene fatto che lo rende una strategia in grado di rafforzare la posizione di potenza economica posseduta a monte per ampliare il proprio potere nel mercato a valle.

Nel settembre del 2017, Google ha proposto appello avverso la decisione della Commissione europea, contestando che la retrocessione possa costituire una forma di abuso di posizione dominante¹⁰⁹. È evidente che il caso non è anco-

¹⁰⁷ Ivi, 28-30.

¹⁰⁸ T. Hoppner, op. cit., 222.

¹⁰⁹ J. Wakefield, *Google starts appeal against £2bn shopping fine*, in <https://www.bbc.com/news/technology-51462397>, BBC news, 12 Febbraio 2020, (ultimo accesso: 26 ottobre 2020); S. Van Dorpe, *EU judge suggests Google fine should be higher. Internet giant has been fined €2.42 billion for favoring its own shopping services*

ra chiuso anche alla luce del fatto che il rimedio nel frattempo introdotto dalla società californiana, cioè assegnare gli spazi collocati nei primi risultati ad un sistema di aste, non si è affatto rivelato risolutivo.

Lo conferma la lettera scritta dai maggiori *competitors* di Google Shopping in Europa ed indirizzata nel novembre 2018 al Commissario Europeo Margrethe Vestager sostenendo che il meccanismo introdotto dal motore di ricerca non rispetta quanto imposto dalla Commissione europea nella decisione del 27 giugno 2017. Il rimedio proposto maschera in realtà un meccanismo che rimane abusivo e pregiudizievole per i concorrenti ed i consumatori¹¹⁰.

Ad oggi, la questione sulla *search discrimination* è rimessa al Tribunale dell'Unione Europea, il quale, si spera, faccia definitivamente chiarezza.

4. *Amazon nel mirino dell'Autorità Italiana Garante della Concorrenza e del Mercato. Il primo possibile caso italiano in tema di self-preferencing*

Il 10 aprile 2019 l'Autorità Italiana Garante della Concorrenza e del Mercato ha deliberato l'avvio di un procedimento istruttorio a carico di Amazon¹¹¹, per accertare l'abuso di posizione dominante perpetuato dalla società in violazione dell'articolo 102 TFUE.

Si tratta di un provvedimento d'importanza cruciale perché, per la prima volta nella storia del *public enforcement* italiano, è stata aperta un'istruttoria nei confronti del colosso mondiale dell'*e-commerce*¹¹², addebitandogli una pratica escludente di tipo discriminatorio.

Secondo l'Autorità, la società digitale, detentrica di una posizione dominante nel mercato dei servizi d'intermediazione nel settore del commercio elettronico, ma allo stesso tempo venditore di suoi prodotti e servizi tramite la piattaforma «*conferirebbe unicamente ai sellers che aderiscono al servizio di logistica offerto da Amazon stessa («Logistica di Amazon» o, anche, «Fulfillment by Amazon») vantaggi in termini di visibilità della propria offerta e di miglioramento delle proprie ven-*

over rivals, in *Politico* <https://www.politico.eu/article/eu-judge-suggests-google-fine-should-be-higher-european-commission-preferential-treatment/>, 14 Febbraio 2020, (ultimo accesso: 26 ottobre 2020).

¹¹⁰ Lettera inviata al Commissario M. Vestager da parte dei maggiori siti di acquisti comparativi europei, http://www.foundem.co.uk/Comparison_Shopping_Open_Letter_Commissioner_Vestager_Nov_2018.pdf, Bruxelles, 22 novembre 2018, (ultimo accesso: 22 ottobre 2020), 1-3.

¹¹¹ In realtà, va precisato che l'istruttoria è stata proposta nei riguardi di cinque società del gruppo Amazon ovvero Amazon Services Europe S.à r.l., Amazon Europe Core S.à r.l., Amazon EU S.à r.l., Amazon Italia Services S.r.l.

¹¹² Cfr. AGCM, op. cit., 18 in cui viene riconosciuta ad Amazon relativamente all'anno 2019, una posizione di *leadership* incontrastata nel settore del commercio economico.

dite sul marketplace Amazon.com, rispetto ai venditori che non sono clienti di Logistica di Amazon»¹¹³.

Tale strategia è stata ricondotta ad un'ipotesi di *self-preferencing* mediante cui la società americana avrebbe voluto favorire sia il proprio servizio di intermediazione sulla piattaforma di *e-commerce* sia il proprio servizio di logistica “*Fulfillment by Amazon*” (in seguito, indicato con l'acronimo FBA)¹¹⁴ rispetto a quelli dei concorrenti. La società avrebbe operato una discriminazione fra quei venditori-terzi che decidono di spedire i beni venduti tramite servizio FBA ed i venditori che, non aderendo al servizio offerto da Amazon, decidono di affidarsi a servizi di logistica esterni¹¹⁵.

In attesa di sapere quale sarà l'esito dell'istruttoria, si possono delineare le ragioni sottese all'eventuale decisione sulla presunta discriminazione della piattaforma *e-commerce*, iniziando innanzitutto col modello di business della società e dal doppio ruolo che essa riveste nel mercato digitale.

Amazon è nata nel 1994 come società di vendita al dettaglio in internet di prodotti e servizi propri, ma solo nel 2000 ha deciso di mutare la strategia di business, trasformandosi in una grande “vetrina virtuale” in cui consentire ai venditori terzi di mettere in vendita i propri prodotti ed ai consumatori di acquistare, per mezzo del *marketplace*, ciò di cui avevano bisogno.

L'obiettivo del fondatore Jeff Bezos era certamente quello di guadagnare la “*market leadership*” nell'intero mercato digitale e, di conseguenza, accrescere il proprio dominio economico¹¹⁶. Un traguardo che oggi può senz'altro dirsi raggiunto visto che Amazon ha esteso le sue iniziative imprenditoriali in ogni settore, arrivando sino ad Hollywood dove opera in veste di produttore di serie televisive e di film facendo concorrenza alle più note piattaforme streaming ed ai giganti del settore cinematografico e televisivo americano¹¹⁷.

L'espansione nel contesto dell'*e-commerce* è stata resa possibile dalla straordinaria abilità della società di Seattle di assumere una doppia veste. Da un lato è l'intermediario mediante cui venditori e consumatori vengono messi in contatto, dall'altro è rivenditore di prodotti e servizi propri, fra i quali merita di essere menzionato quello della logistica il cosiddetto “*Fulfillment by Amazon*”.

Le piattaforme di intermediazione, come Amazon, assumono, dunque, una posizione “ibrida” o “duale” nel rapporto con gli utenti¹¹⁸.

¹¹³ AGCM, A528, FBA-AMAZON, Adunanza del 10 aprile 2019, Provvedimento n. 27623, in Bollettino 16/2019.

¹¹⁴ Ivi, 20.

¹¹⁵ Ivi, 2.

¹¹⁶ L.M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, in *The Yale Law Journal*, Vol. 126, 2017, 746-754.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Ivi, 12 come l'ha definita l'AGCM; inoltre O. Budzinski, K. Köhler, *Is Amazon the Next Google?*, in *Ilmenau Economics Discussion Papers*, Vol. 20, 2015, no. 97, 5-6.

Come è stato già evidenziato precedentemente, è in ragione di questa dualità che le imprese digitali verticalmente integrate riescono più facilmente ad abusare della potenza economica detenuta nel mercato dominato per estendere e rafforzare il proprio potere nei mercati collegati, seppur a svantaggio delle imprese concorrenti.

Il caso italiano su Amazon presenta affinità analoghe a quello di Google Shopping sia per la questione concernente l'illiceità del trattamento preferenziale addebitabile alle società della *platform economy*, sia per avere, tanto l'*enforcement* antitrust europeo quanto quello italiano, ravvisato nel sistema di classificazione dei risultati (*ranking*) lo strumento atto a discriminare gli utenti non consumatori della piattaforma¹¹⁹.

Se nel caso della società di Mountain View la faceva da padrone l'algoritmo di ricerca Panda, nel caso della società di Jeff Bezos è l'algoritmo denominato "A9" ad avere un ruolo di primo piano.

È evidente che le modalità operative dell'algoritmo siano le medesime, seppur con una sostanziale differenza di base. Difatti, nel caso di Google la *search discrimination* sarebbe interna perché attuata dal motore di ricerca verso i suoi concorrenti diretti attivi nel mercato collegato dei servizi di acquisti comparativi online, mentre nel caso italiano Amazon si verificherebbe una discriminazione esterna verso i servizi di logistica autonomi rispetto alla piattaforma *online*.

Difatti, non sono i servizi di gestione del magazzino e di spedizione degli ordini per operatori *e-commerce* ad essere retrocessi nei risultati, ma quei venditori che si avvalgono di essi piuttosto che del servizio di logistica offerto da Amazon¹²⁰.

Come si è avuto modo di vedere per i servizi di comparazione dei prezzi, anche per i venditori è essenziale guadagnare una buona posizione nei primi risultati di ricerca in quanto ciò produce un impatto maggiore al livello visivo per i consumatori; i quali, piuttosto che scorrere fra i risultati per trovare il prodotto desiderato, preferiscono di gran lunga vederlo visualizzato già in prima pagina ed acquistarlo nel minor tempo possibile¹²¹.

D'altronde, si sceglie di acquistare sui siti di commercio elettronico, soprattutto in ragione dei vantaggi che essi offrono in termini di riduzione dei costi di ricerca rispetto ai mercati fisici.

¹¹⁹ AGCM, A528, FBA-AMAZON, 5; Commissione UE, 27 giugno 2017, Caso AT.39740, *Google Search (Shopping)*, par.650; inoltre in merito si veda C. Caffarra, "Follow the money" - Mapping issues with digital platforms into actionable theories of harm, in *e-Competition Antitrust Case Law e-Bulletin*, <https://ecp.crai.com/wp-content/uploads/2019/09/e-Competitions-Special-Issue-Cristina-Caffarra.pdf>, 29 agosto 2019, 9.

¹²⁰ Cfr. I. Graef, *Hybrid differentiation and competition beyond markets*, in *Competition Policy International-Antitrust Chronicle*, in file:///C:/Users/Utente/Downloads/SSRN-id3652326.pdf, June 2020 (II) in cui l'Autorità sostiene che nel caso di Amazon si possa parlare di *hybrid discrimination*, piuttosto che di *self-preferencing*.

¹²¹ AGCM, A528, FBA-AMAZON, 5 in cui l'Autorità riporta i risultati dello studio sul comportamento dei compratori di Amazon, in base al quale si è avuto modo verificare che i prodotti apparsi nella prima pagina valgono l'81% delle vendite effettuate sul *marketplace*.

Secondo l'AGCM, grazie all'abilità di raccogliere e processare immense quantità di dati sulla piattaforma, l'algoritmo A9 andrebbe a posizionare nei primi risultati di ricerca nel *marketplace* i venditori-terzi che decidono di aderire al servizio di logistica offerto dalla società *e-commerce*, mentre farebbe retrocedere quelli che scelgono di avvalersi dei servizi di logistica autonomi¹²². L'aver scelto il servizio FBA consente ai venditori di essere inseriti nel programma Prime e di raggiungere la Buy Box di Amazon, il che comporta la possibilità di conseguire un vantaggio competitivo non solo in termini di una migliore valutazione delle performance di vendita, ma anche in termini di un'elevata facilità di acquisto dei propri prodotti da parte dei clienti¹²³.

Venendo al programma Prime, va premesso che si tratta di un servizio mediante cui il *marketplace* offre consegne gratuite entro uno o due giorni per tutti gli ordini effettuati dai consumatori che hanno sottoscritto un abbonamento annuale. I prodotti sono classificati come Prime solo se il venditore ha scelto di aderire al servizio di logistica Amazon. Accedendo a tale servizio, si aumentano le proprie vendite in quanto la clientela, decide di rivolgersi ai prodotti inseriti nel programma perché può ottenere un risparmio sulle spese di spedizione che, per i prodotti Prime, non sono dovute¹²⁴.

La Buy Box rappresenta, invece, il riquadro che si visualizza in alto a destra della scheda-prodotto e consente all'utente di acquistare la merce con un semplice click, aggiungendola direttamente al proprio carrello. Come Prime, la Buy Box costituisce un modo per aumentare i propri profitti ed abbattere la concorrenza diretta dei *competitors*.

Nell'ipotesi in cui uno stesso prodotto venga venduto da più venditori, il vantaggio competitivo aumenta considerevolmente. Infatti, il venditore che guadagna la Buy Box, avrà l'opportunità di essere visualizzato per primo nella pagina di ricerca e, di conseguenza, verrà scelto in automatico, senza scorrere fra tutti i risultati visualizzati.

Si segnala che lo stesso procedimento d'avvio dell'istruttoria riporta che l'80% degli acquisti sul *marketplace* avviene passando per la Buy Box¹²⁵. Si comprende bene perché il posizionamento all'interno di tale riquadro sia così ambito.

Ebbene, è indubbio che l'essersi affidati alla logistica Amazon piuttosto che ai servizi esterni offerti da terzi, accresca la visibilità dell'offerta, collocandola fra le migliori posizioni nella ricerca. Si consideri che nulla avrebbe da ridire l'Autorità garante se tale vantaggio fosse stato raggiunto grazie all'efficienza ed alla qualità del servizio offerto dal venditore. L'istruttoria, invece, è stata avviata perché

¹²² Ivi, 18-19.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ AGCM, A528, FBA-AMAZON, 7.

¹²⁵ Ivi, 8.

si ritiene che i criteri usati dalla società di Seattle per permettere al venditore di posizionarsi nella Buy Box siano atti ad ingannare il cliente. Infatti, l'acquirente non avrebbe accesso a tutti i commenti di coloro i quali hanno acquistato lo stesso prodotto. Sembrerebbe che l'adesione al servizio logistica FBA consenta ai venditori aderenti di cancellare eventuali *feedback* negativi nelle recensioni relative alla consegna dei prodotti¹²⁶.

Se ne desume che la concorrenza fra i venditori che aderiscono a FBA e coloro che usano una gestione degli ordini e delle spedizioni autonoma, non sembrerebbe affatto basata meriti, ma piuttosto sull'aver accettato o meno di aderire ad un servizio del *marketplace*.

L'Autorità italiana sostiene che l'algoritmo A9 consentirebbe alla società di commercio elettronico di attuare una discriminazione interna fra i venditori che si iscrivono sulla piattaforma online ed una discriminazione esterna nei riguardi delle imprese dei servizi di gestione del magazzino e di spedizione per *e-commerce* concorrenti di Amazon FBA. Se al termine dell'istruttoria tale ipotesi trovasse conferma, la società americana non potrebbe più negare la sua intenzione di voler accrescere il proprio potere nel mercato dei servizi di logistica per venditori *e-commerce*¹²⁷.

Dunque, se così fosse, sarebbe provato che il titano del commercio elettronico avrebbe sfruttato abusivamente la sua potenza economica come intermediario fra venditori e consumatori per escludere i *competitors* diretti dal mercato separato della logistica ed il *self-preferencing* sarebbe riconosciuto come pratica discriminatoria di tipo escludente, come previsto ai sensi dell'articolo 102, par. 2, lett. c) TFUE¹²⁸.

Benché il provvedimento finale fosse atteso per il 15 aprile 2020, ad oggi l'*enforcement* antitrust italiano non si è ancora pronunciato perché per effetto dell'emergenza sanitaria per il Covid-19, sono state prorogate anche le indagini istruttorie¹²⁹ e solo al termine delle stesse sarà possibile valutare se il *self-preferencing* sia configurabile per il diritto della concorrenza italiano come un'ipotesi fraudolenta di *search discrimination*.

5. Il trattamento preferenziale fra pratiche discriminatorie e tying

L'Autorità antitrust italiana non è la sola ad aver avviato un'istruttoria nei riguardi del colosso dell'*e-commerce* allo scopo di valutare se il trattamento preferenziale riservato ai venditori aderenti a FBA sia qualificabile come abuso di posizione dominante.

¹²⁶ Ivi, 9-10.

¹²⁷ AGCM, A528, FBA-AMAZON, 20.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ AGCM, A528, FBA AMAZON, Provvedimento n. 28190.

Il 29 novembre 2018 il Bundeskartellamt, Autorità antitrust tedesca, ha aperto un procedimento analogo nei riguardi di Amazon. L'indagine si è svolta con lo scopo di verificare se la società avesse sfruttato la posizione di potenza economica detenuta nel settore dell'intermediazione online non solo per favorire alcuni dei venditori sulla piattaforma, ma anche per imporre il rispetto di condizioni contrattuali inique ed ingiuste ai rivenditori¹³⁰. La procedura si è conclusa il 17 luglio 2019 contemporaneamente alla chiusura di un altro procedimento istruttorio instaurato a carico della stessa società da parte della Federal Competition Authority, ossia l'Autorità garante per la concorrenza austriaca¹³¹.

Benché entrambe le *authorities* abbiano espresso preoccupazione riguardo al duplice ruolo di *gatekeeper* della società, intermediario e rivenditore allo stesso tempo, hanno preferito archiviare le procedure senza imporre sanzioni. Si è, dunque, lasciato alla piattaforma l'impegno di modificare i termini e le condizioni della strategia di business considerate abusive così come disposto dall'articolo 32, commi 1 e 2 della Legge tedesca antitrust¹³². Il caso austriaco assume particolare importanza per il suo parallelismo con la vicenda italiana¹³³.

Entrambe le autorità hanno ragione di temere che il posizionamento e la visibilità guadagnata nel sito *e-commerce* non sarebbe basata sull'efficienza e la qualità dei venditori-terzi, ma sulla mera adesione al servizio di logistica Fulfillment by Amazon¹³⁴. La disparità di trattamento fra i venditori aderenti ai servizi di logistica FBA e quelli non aderenti sarebbe giustificabile sulla base del principio di concorrenza basata sui meriti. Nel provvedimento, l'Autorità austriaca, nel condividere «[...] *the opinion expressed by some Marketplace sellers that the rankings on the platform are not to be abused as a tool with which Amazon attempts to extend its own influence*»¹³⁵, sta in realtà confermando che abusare delle funzionalità di un algoritmo di ricerca per avvantaggiare alcuni utenti e svantaggiarne altri, è un comportamento discriminatorio contrario sia al principio della concorrenza basata sui meriti sia al principio di speciale responsabilità per l'*incumbent* nel mercato di riferimento.

¹³⁰ Bundeskartellamt Press Office, *Bundeskartellamt initiates abuse proceeding against Amazon*, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2018/29_11_2018_Verfahrenseinleitung_Amazon.pdf?__blob=publicationFile&cv=2, Bonn, 29 Novembre 2018.

¹³¹ Federal Competition Authority, *Amazon.de Marketplace*, https://www.bwlv.gv.at/fileadmin/user_upload/Fallbericht_20190911_en.pdf, Case Report Amazon, 17 Luglio 2019.

¹³² Bundeskartellamt Press Office, *Bundeskartellamt obtains far-reaching improvements in the terms of business for sellers on Amazon's online marketplaces*, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/17_07_2019_Amazon.pdf?__blob=publicationFile&cv=4, Bonn, 17 Luglio 2019.

¹³³ Federal Competition Authority, op. cit., 17-18.

¹³⁴ *Ibidem*; inoltre in merito si veda M. Gaasler, *The austro-german proceedings against Amazon and its online marketplace*, in *J. Competition Law Econ*, Vol. 10, no. 9, 2019, 564-569.

¹³⁵ Federal Competition Authority, op. cit., 18.

Tuttavia, si è anche correttamente rilevato che non è possibile ancora dire se il trattamento preferenziale sia giustificabile perché attuato in virtù di un servizio di logistica offerto da Amazon eventualmente migliore rispetto a quello dei concorrenti¹³⁶. Secondo l'Autorità una risposta in tal senso potrebbe essere fornita dal recente Regolamento Europeo 2019/1150 (il c.d. "Platform-to-Business Regulation") che ha fissato le regole che le piattaforme digitali devono rispettare affinché siano garantite condizioni eque e trasparenti agli utenti commerciali dei servizi di intermediazione nonché introdotto meccanismi di ricorso, in caso di mancato rispetto delle stesse.

In particolare, nel caso specifico della discriminazione operata per mezzo degli algoritmi di ricerca progettati dalla società digitali verticalmente integrate, assume importanza quanto enunciato all'articolo 5, par. 5 del Regolamento UE con riguardo ai parametri di cui fornitori d'intermediazione digitale ed i motori di ricerca devono tener conto per conseguire un posizionamento più giusto ed equo nei risultati¹³⁷. La considerazione che guarda con favore all'introduzione di una normativa che regolamenti il posizionamento appare senz'altro pertinente, pur se non sembra essere risolutiva. Difatti, la disposizione, dà rilievo ai seguenti criteri: i) le caratteristiche dei beni e dei servizi offerti tramite i servizi di intermediazione online o il motore di ricerca online; ii) la pertinenza di tali caratteristiche; ed infine, iii) per i motori di ricerca, alle caratteristiche grafiche dei siti web.

Va rilevato che si sarebbe potuta dare maggiore importanza alla correttezza del sistema di valutazione delle performance di vendita, impedendo che, come nel caso di Amazon, al venditore aderente alla logistica FBA venga data la possibilità di cancellare eventuali recensioni negative dei clienti.

Dunque, incidere sul sistema reputazionale, potrebbe avere un effetto pro-competitivo.

Se vengono favoriti alcuni venditori piuttosto che altri non in base alla loro efficienza e qualità, ma in base al servizio logistica scelto, si rischia di incidere negativamente sulla libertà di scelta dei consumatori¹³⁸. Il cliente che acquista il prodotto comparso sulla Buy Box, non ha la possibilità di scegliere il venditore, perché è Amazon che sceglie per lui, decidendo di far vincere quella posizione non al prodotto migliore sul mercato, ma a quello che verrà spedito mediante il servizio di logistica FBA¹³⁹. Si comprende bene che la scelta sarebbe viziata da

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ Articolo 5, Reg. Ue 1150/2019.

¹³⁸ L. Signoret, *Code of competitive conduct: a new way to supplement EU competition law in addressing abuses of market power by digital giants*, in *Eur. Competition J.*, 2020, 24 in cui l'Autore menziona uno dei effetti anticoncorrenziali del *self-preferencing* in Google Shopping. Al tal proposito, la medesima considerazione potrebbe valere anche in ipotesi di trattamento preferenziale su piattaforme *e-commerce*.

¹³⁹ AGCM, A528, FBA-AMAZON, 5.

un lato perché il consumatore sarebbe esautorato di ogni libertà di autodeterminazione e dall'altro perché cancellare i *feedback* negativi, non consentirebbe a chi compra di avere informazioni chiare ed esaustive sulla performance dei prodotti che intende acquistare.

In dottrina è emersa l'idea che i procedimenti austro-tedeschi a carico del *marketplace* sarebbero complementari al procedimento di avvio delle indagini disposto dalla Commissione europea a carico di Amazon nel 2019¹⁴⁰. Quest'ultimo, in realtà, è finalizzato in maggior misura all'accertamento del modo in cui l'uso dei dati raccolti sulla piattaforma impatti sul libero gioco della concorrenza ed sul ruolo che i dati giocano nel far ottenere al venditore FBA il servizio Buy Box¹⁴¹.

Vi è di più. Il 10 novembre 2020 la Commissione europea ha inviato ad Amazon un'ulteriore comunicazione degli addebiti sull'uso dei dati non pubblici dei venditori indipendenti, avviando, inoltre, una seconda indagine sulle pratiche adottate al riguardo sui servizi Buy Box e Prime¹⁴².

Con riguardo alla prima condotta, l'Autorità europea ha ragione di sospettare che la società di Bezos, nella sua posizione di intermediario-prestatore di servizi, avrebbe avuto accesso ai dati riservati dei venditori terzi e li avrebbe raccolti, processati ed utilizzati per calibrare le proprie offerte come rivenditore dei propri prodotti. Tale strategia gli avrebbe consentito di conoscere in anticipo le mosse dei venditori terzi e, dunque, di guadagnare un vantaggio competitivo illegale, a discapito dei suoi diretti *competitors* nel mercato del commercio al dettaglio¹⁴³.

Con riferimento alla seconda indagine, si evidenzia che essa può ben essere considerata speculare a quella aperta a carico di Amazon dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato italiana. Difatti, al *marketplace* si contesta la pratica del trattamento preferenziale con cui avrebbe favorito le proprie offerte al dettaglio e quelle dei venditori indipendenti che scelgono di avvalersi del servizio di logistica FBA di proprietà del colosso statunitense, a svantaggio dei venditori che decidono di usare servizi di logistica esterni al *marketplace*. Al riguardo, nel comunicato stampa, la Commissione europea ha specificato che intende indagare

¹⁴⁰ M. Gaasler, op. cit., 566.

¹⁴¹ Commissione Europea, Comunicato stampa, *Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4291, Bruxelles, 17 luglio 2019, (ultimo accesso 24 ottobre 2020); C. De Cesare, *Amazon, l'Antitrust Ue apre l'indagine: «Uso scorretto dei dati dei venditori indipendenti»*, https://www.corriere.it/economia/consumi/19_luglio_17/amazon-l-antitrust-ue-indaga-doppio-ruolo-venditore-marketplace-8f012df6-a87b-11e9-ad04-d2eaa84e69e7.shtml, *Il Corriere della Sera*, 17 luglio 2019, (ultimo accesso 24 ottobre 2020).

¹⁴² Commissione Europea, Comunicato stampa, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_20_2077, Bruxelles, 10 Novembre 2020, p. 1, (ultimo accesso: 8 Dicembre 2020).

¹⁴³ *Ibidem*.

i criteri che Amazon usa per far vincere la Buy Box alle aziende iscritte alla piattaforma e classificare i prodotti di queste ultime come Prime¹⁴⁴.

È chiaro che i procedimenti conclusi, ancora in corso e quelli aperti di recente nei confronti del leader del commercio elettronico siano paradigmatici della crescente preoccupazione del *enforcement* antitrust europeo per la crescita inarrestabile della società americana e della consapevolezza che non sia più possibile procrastinare un intervento normativo che riesca a fronteggiare i nuovi ecosistemi digitali.

Da qui, l'esigenza di progettare un nuovo quadro regolatorio composto da un pacchetto di misure comprendenti da un lato il Digital Service Act e dall'altro il Digital Markets Act¹⁴⁵. Il primo relativo alla responsabilità dei fornitori di servizi digitali, mentre il secondo finalizzato sia ad assicurare condizioni eque e non discriminatorie nei mercati digitali sia a limitare lo strapotere dei colossi della rete, senza però compromettere l'obbligo di pressione competitiva¹⁴⁶.

Anche negli Stati Uniti, il colosso del commercio elettronico è sotto attacco. Talché, la disciplina antitrust americana – dagli anni settanta in poi sempre più orientata alla tutela del *consumer welfare*, piuttosto che alla tutela dei *competitors* – ha iniziato a metterne in discussione il potere, pur se fino a poco tempo fa non ne aveva sentito l'esigenza. Si tenga presente che tale cambio di rotta nei riguardi dei principali attori dei mercati digitali va imputato alle “lenti” con cui la disciplina antitrust americana ha osservato e giudicato le condotte delle piattaforme digitali sino ad oggi. Infatti, non va affatto dimenticato che, a partire dagli anni '70 e '80, la politica della concorrenza statunitense è stata dominata dalla corrente di pensiero denominata poi Chicago School che, come sottolineato in modo attento dalla studiosa Lina M. Khan, ha fatto del *consumer welfare* il fine unico dell'intera dottrina antitrust, tralasciando di considerare che «[...] *the best guardian of competition is a competitive process, and whether a market is competitive is inextricably linked to [...] how that market is structured*»¹⁴⁷. L'essersi, invece, focalizzati solo sulla tutela del consumatore e, di conseguenza, sulla verifica dei prezzi per stabilire se fossero saliti o meno rispetto a quelli concorrenziali ha impedito negli ultimi anni alle Autorità d'oltreoceano di qualificare come anticompetitivi alcu-

¹⁴⁴ Commissione Europea, Comunicato stampa, Antitrust: *Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices*, cit., p. 2.

¹⁴⁵ Commissione europea, *Shaping Europe's Digital Future*, ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf, Bruxelles, Febbraio 2020, (ultimo accesso: 2 novembre 2020).

¹⁴⁶ M. Broadbent, *The Digital Services Act, the Digital Markets Act, and the New Competition Tool. European Initiatives to Hobble U.S. Tech Companies*, <https://www.csis.org/analysis/digital-services-act-digital-markets-act-and-new-competition-tool>, 10 novembre 2020, 3 ss, (ultimo accesso: 12 novembre 2020).

¹⁴⁷ L.M. Khan, op. cit., 746-754.

ni comportamenti palesemente illeciti. Dunque, forme di *predatory pricing*, *tying* e pratiche discriminatorie, attuate grazie all'integrazione verticale su cui la società Amazon ha fondato il proprio business, non sono state ritenute dannose per la concorrenza, in quanto non venivano considerate pregiudizievoli per i consumatori. In realtà, occorre risalire alle ragioni dell'emanazione dello Sherman Act per comprendere che tale atto, non è stato adottato per la salvaguardia dei consumatori, ma è stato concepito come strumento per la difesa delle libertà individuali di ciascuno da forme di concentrazione del potere economico che inevitabilmente avrebbero influenzato anche le decisioni del potere politico¹⁴⁸. Dunque, non sanzionare come illeciti antitrust molte delle pratiche attuate dai titani della rete, vorrebbe dire negare le ragioni stesse per cui è nata l'esigenza di tutelare la concorrenza.

Ebbene, è evidente che il *public enforcement* antitrust americano ritenga giunto il momento di intervenire e modificare l'approccio nei riguardi delle società digitali che ad oggi detengono posizioni di *leadership* incontrastata in più di un mercato¹⁴⁹. Con l'emergere della pandemia da Covid-19, l'esigenza è divenuta anche più pressante in quanto le misure adottate per contrastare la diffusione della malattia stanno mettendo in ginocchio i mercati tradizionali ed, al contrario, stanno accrescendo in modo spropositato il potere economico dei GAFAM.

Nel 2019 l'House of Representatives americana e, nello specifico, la Sottocommissione sull'antitrust che ad essa fa capo, ha avviato un'ampia indagine contro Google, Amazon, Facebook e Apple per accertare se i quattro giganti del mercato digitale stiano violando le disposizioni in tema di tutela della concorrenza. A luglio di quest'anno si è tenuta l'audizione nel corso della quale sono stati ascoltati gli amministratori delegati dei quattro *big players*¹⁵⁰. L'indagine si è conclusa con la pubblicazione di un report finale nel quale la Sottocommissione raccomanda al Congresso degli Stati Uniti l'adozione di una serie di riforme che siano in grado di fronteggiare l'enorme potere delle *digital platforms*.

¹⁴⁸ Ivi, 740-744; inoltre si veda R. Niro, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Padova, 1994, 46-49.

¹⁴⁹ B. Carotti, *L'US House of Representatives si muove: l'indagine su Big Tech e concorrenza*, <https://www.irpa.eu/lus-house-of-representatives-si-muove-lindagine-su-big-tech-e-concorrenza/>, 29 ottobre 2020, (ultimo accesso: 3 novembre 2020).

¹⁵⁰ The House Judiciary Committee'Antitrust Subcommittee, Press Release, *Judiciary Antitrust Subcommittee Investigation Reveals Digital Economy Highly Concentrated, Impacted By Monopoly Power*, <https://judiciary.house.gov/news/documentsingle.aspx?DocumentID=3429>, Washington, 6 ottobre 2020, (ultimo accesso: 3 novembre 2020); R. Barlaam, *Amazon, Apple, Facebook e Google sotto torchio al Congresso Usa si appellano all'American Dream*, <https://www.ilsole24ore.com/art/le-quattro-big-tech-all-esame-congresso-che-cosa-bisogna-sapere-AD1h0ug>, *Il Sole 24 ore*, 29 luglio 2020, (ultimo accesso: 28 ottobre 2020); *The genius of Amazon*, <https://www.economist.com/leaders/2020/06/18/the-pandemic-has-shown-that-amazon-is-essential-but-vulnerable>, *The Economist*, Giugno 2020, (ultimo accesso: 28 ottobre 2020).

Particolare interesse ha assunto la parte relativa alla riforma “Strengthening the Antitrust Laws” in cui la Sottocommissione si concentra sulla monopolizzazione del mercato da parte dei GAFAM ed include nel abuso di posizione dominante la pratica del *self-preferencing* intesa come quel comportamento che consente alla piattaforma digitale, mediante la sua struttura, di preferire i propri servizi o prodotti, escludendo i concorrenti dal mercato di riferimento, a prescindere dal vantaggio che i consumatori potrebbero ricavarne in termini di innovazione e sviluppo di prodotti via via migliori¹⁵¹.

A proposito della posizione monopolistica assunta in uno specifico mercato si tenga presente che anche Amazon ha rafforzato in modo esponenziale dall’inizio della pandemia la sua potenza economica nel settore dell’*e-commerce* e che il suo amministratore delegato Jeff Bezos, è salito agli onori della cronaca mondiale lo scorso luglio, per aver visto aumentare il suo patrimonio in un solo giorno di 13 miliardi di dollari¹⁵².

Di estremo rilievo è anche l’azione giudiziaria intrapresa il 20 ottobre 2020 dal Dipartimento di Giustizia (Djo) americano nei riguardi della *big tech* Google alla quale si contesta l’assunzione di una posizione di monopolio nel settore della ricerca online (*online-search monopoly*)¹⁵³.

Dinanzi a tali evidenze, negli Stati Uniti, si sono mosse, affianco alle istituzioni, come l’House Judiciary Committee, Dipartimento di Giustizia, anche le associazioni sindacali che hanno chiesto alla Federal Trade Commission (FTC) di avviare un’istruttoria nei riguardi di Amazon tesa a verificare se le pratiche debbano considerarsi attuate in spregio alle regole della concorrenza¹⁵⁴.

Come accaduto nel Vecchio Continente, la Commissione viene chiamata ad accertare se sia da considerarsi abusivo, ai sensi dello Sherman Act e del Clayton Act, il trattamento preferenziale usato per favorire i venditori terzi aderenti al servizio logistica di Amazon rispetto a quelli che si avvalgono di società di logistica concorrenti¹⁵⁵. Come negli altri casi, ad essere messo in discussione è il sistema di classificazione dei risultati di ricerca (*search rankings*) che consente al

¹⁵¹ Subcommittee on antitrust, commercial and administrative law of the committee on the judiciary, https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf, Investigation of competition in digital markets, Ottobre 2020, 391-398, (ultimo accesso: 4 novembre 2020).

¹⁵² J. Pitcher, *Jeff Bezos Just Added a Record \$13 Billion to His Fortune in a Single Day*, <https://time.com/5869262/jeff-bezos-13-billion/>, *Time*, 20 Luglio 2020, (ultimo accesso: 28 ottobre 2020).

¹⁵³ United States Department of Justice, *United States of America - Department of Justice v. Google LLC*, <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1328941/download>, 20 Ottobre 2020, (ultimo accesso: 4 Novembre 2020).

¹⁵⁴ Change to win, *Petition for the Investigation of Amazon.com, Inc.*, <http://www.changetowin.org/wp-content/uploads/2020/02/Petition-for-Investigation-of-Amazon.pdf>, 27 Febbraio 2020, (ultimo accesso: 28 Ottobre 2020).

¹⁵⁵ Ivi, 5.

marketplace di espandere la potenza economica detenuta nel mercato dei servizi di intermediazione anche al mercato dei servizi di logistica per *e-commerce*¹⁵⁶.

La differenza fra il caso italiano e quello sottoposto all'attenzione della Federal Trade Commission va ravvisata nella diversa base legale cui sarebbe riconducibile il *self-preferencing* di Amazon.

Se dal provvedimento istruttorio italiano emerge una concezione di trattamento preferenziale come pratica escludente di tipo discriminatorio ai sensi dell'articolo 102, par. 2, lett. c), TFUE, nel caso americano si suppone essere stata messa in atto una pratica legante.

Secondo gli istanti il prodotto principale offerto ai venditori-terzi consiste nel permettere loro di vendere il proprio catalogo di prodotti sulla piattaforma multiversante, mentre il prodotto abbinato è rappresentato dal servizio di logistica di proprietà di Amazon. Nel momento in cui si promette ai soli venditori che aderiscono al servizio FBA la possibilità di migliorare la propria visibilità ed il proprio posizionamento sulla piattaforma online, in realtà si sta legando il prodotto abbinato al prodotto principale allo scopo di espandere la posizione di dominio dal mercato dell'intermediazione a quello della logistica.

La tesi che vorrebbe ricondurre il *self-preferencing* ad un'ipotesi di *tying* sembrerebbe fondata. Infatti, sussistono tutti i requisiti che il diritto antitrust richiede per la pratica legante. Il servizio di intermediazione e di logistica sono due prodotti distinti ed inoltre è ravvisabile un effetto coercitivo nei riguardi del concorrente pregiudicato da tale comportamento. L'obbligo di aderire a FBA è desumibile dal fatto che i venditori sono obbligati a sceglierlo se vogliono ottenere una serie di vantaggi indispensabili per rimanere competitivi nel mercato digitale ossia vincere la Buy Box o vedere classificati i propri prodotti con il marchio Prime¹⁵⁷.

Alla luce dell'istruttoria italiana e dell'indagine avviata dalla Federal Trade Commission sembrerebbe potersi ipotizzare che il *self-preferencing* sia una pratica abusiva a metà fra la discriminazione e il *tying* dato che Amazon, attribuendo vantaggi ai venditori terzi che hanno aderito a FBA, da un lato ha discriminato quei venditori che hanno scelto di non avvalersene e dall'altro ha legato il servizio principale di intermediazione al servizio abbinato di logistica, col duplice scopo di rendere dipendenti dal suo *marketplace* i venditori FBA e costringere anche gli altri a farlo, pur di essere competitivi e non rimanere esclusi dal mercato *e-commerce*.

¹⁵⁶ Ivi, 5-7.

¹⁵⁷ Change to win, op. cit., 5-7; inoltre, M. Jarsulic, *Using Antitrust Law To Address the Market Power of Platform Monopolies*, www.americanprogress.org/issues/economy/reports/2020/07/28/488201/using-antitrust-law-address-market-power-platform-monopolies/, 28 Luglio 2020, (ultimo accesso 29 Ottobre 2020), 9-11.

6. Conclusioni

Il duplice ruolo di arbitri e giocatori che le società della *digital economy* sono in grado di assumere nei mercati digitali costituisce la chiave di volta per comprendere la ragione per cui le Autorità garanti della concorrenza guardano con crescente preoccupazione le strategie adottate dai giganti del web per rafforzare la propria posizione dominante nel mercato di riferimento.

Nella corsa alla massimizzazione dei propri profitti, le piattaforme online verticalmente integrate rivolgono la loro attenzione ai mercati collegati, facendo leva sulla posizione dominante già conquistata nel mercato dominato.

Il comportamento mediante il quale le imprese digitali favoriscono i propri prodotti o servizi, a discapito di quelli dei concorrenti, noto come *self-preferencing*, costituisce una delle possibili strategie per raggiungere una posizione di *leadership* incontrastata anche nei mercati a valle.

Se si legge la condotta con le lenti del diritto antitrust è evidente considerare il trattamento preferenziale come un comportamento illecito in quanto è in grado di escludere i concorrenti dal mercato e, di conseguenza, impedire lo svolgimento di una concorrenza effettiva fra le imprese.

Al contrario, se lo si guarda dal punto di vista delle società digitali, il dovere di non favorire se stessi costituirebbe un ostacolo alla concorrenza visto che essa si regge sulla tensione costante fra imprese intenzionate a superare in efficienza, capacità inventiva e ricerca, il diretto concorrente.

Da queste due forze opposte, seppur complementari è scaturito il dibattito sulla configurabilità del *self-preferencing* come illecito antitrust e sulla sua riconducibilità ad una delle pratiche escludenti elencate all'articolo 102 TFUE.

Con riguardo alla prima questione, va rilevato che il richiamo al principio di *equal treatment* ed il rimedio proposto dalla Commissione consentono di sostenere che il trattamento preferenziale non costituisce un illecito in sé, piuttosto sono le modalità in cui viene attuato a renderlo illecito.

Con riguardo alla seconda questione, non c'è ancora un orientamento certo ed univoco, ma sembra essere prevalente, nell'*enforcement* antitrust comunitario, l'idea secondo cui il *self-preferencing* andrebbe ricondotto ad una pratica discriminatoria così come prevista all'articolo 102, par. 2, lett. c) TFUE.

Secondo questa concezione, il dovere di non favorire se stessi sarebbe la logica e spontanea conseguenza del principio di parità di trattamento. Come si è avuto modo di vedere nel caso Google Shopping, la discriminazione può essere interna ossia rivolta a favorire i propri prodotti e servizi rispetto a quelli dei propri concorrenti diretti oppure esterna se rivolta agli utenti non affiliati del mar-

ketplace come accaduto nella vicenda che coinvolge Amazon ed i servizi di logistica estranei alla piattaforma di *e-commerce*.

Non priva di rilievo è la tesi che vuole ricondurre il *self-preferencing* ad un'ipotesi di *tying*, avanzata nell'istanza presentata innanzi alla Federal Trade Commission contro Amazon.

L'eventuale legame fra il servizio di intermediazione online ed il servizio di logistica offerto dalla piattaforma multiversante sembrerebbe effettivamente esistente dato che i due prodotti vengono concepiti dagli istanti come distinti e l'effetto coercitivo sarebbe pienamente dimostrato dall'obbligo per i venditori di servirsi del "Fulfillment by Amazon" (FBA) al fine di ottenere maggiore visibilità agli occhi dei consumatori e non essere retrocessi.

Sebbene l'effetto coercitivo può essere ritenuto sussistente, è l'assunto secondo cui i servizi offerti debbano intendersi come prodotti distinti che, invece, solleva maggiori dubbi. Grazie ai chiarimenti emersi dalla vicenda europea Microsoft¹⁵⁸, per essere considerati distinti, i due prodotti devono potersi vendere separatamente, ma ciò non pare possa dirsi per Amazon. Infatti, da un lato si ha il prodotto principale rappresentato dall'intermediazione mediante cui si permette ai venditori di offrire i prodotti del proprio catalogo avvalendosi del *marketplace*, dall'altro lato, si colloca il servizio della logistica FBA Amazon, considerato un servizio aggiuntivo che la società offre ai propri venditori.

Se si fosse in presenza di una pratica legante fra il servizio d'intermediazione ed il servizio di logistica e, quindi, se i due servizi fossero distinti, si dovrebbe provare che, i venditori aderiscono ad Amazon perché interessati al suo servizio logistica, a prescindere dall'attività d'intermediazione. In realtà, la decisione di iscriversi al *marketplace* dipende principalmente dalla necessità di godere dei vantaggi che solo una piattaforma multiversante può offrire in termini di intermediazione online.

Difatti, come messo in evidenza dall'istruttoria AGCM, accade che alcuni venditori, pur decidendo di affidare la gestione degli ordini a società di logistica esterne al sito *e-commerce*, si iscrivano comunque alla piattaforma. Se ne deduce che "Fulfillment by Amazon" costituisce una mera estensione dell'attività svolta dalla società in qualità di intermediario. Dunque, non si può parlare di due prodotti, ma di un unico prodotto offerto ai venditori a cui possono abbinarsi servizi ulteriori.

Pur essendo suggestiva, l'idea del *tying* si ritiene debba essere esclusa e sembrerebbe più corretto propendere per l'orientamento di matrice europea che riconduce il *self-preferencing* nell'alveo delle pratiche discriminatorie, così come sostenuto dall'Autorità italiana.

¹⁵⁸ Trib. I grado UE, 17.09.2007, cit. alla nota 101.

Infine, si tenga presente che il giorno 15 dicembre 2020 la Commissione Europea ha presentato la proposta di regolamento “Digital Markets Act” (DMA) in cui il *self-preferencing* viene considerato a tutti gli effetti una pratica anticompetitiva e non più una mera forma di autopreferenza¹⁵⁹. Difatti, l’articolo 6, lett. d) impone ai *gatekeepers* di «*refrain from treating more favourably in ranking services and products offered by the gatekeeper itself or by any third party belonging to the same undertaking compared to similar services or products of third party and apply fair and non-discriminatory conditions to such ranking*»¹⁶⁰. Lo scopo della nuova disciplina sarebbe, dunque, quello di bloccare a monte eventuali comportamenti anticoncorrenziali dei colossi della rete dato che intervenire *ex post* non sembra più sufficiente. Se la proposta di regolamento venisse approvata, potrebbero dissolversi i dubbi sollevati sull’illiceità del trattamento preferenziale, ma di ciò non può aver-si ancora alcuna certezza, occorre attendere il definitivo espletamento della procedura legislativa e solo allora sarà possibile verificare in che modo le nuove misure impatteranno sulla *digital economy* e sulla disciplina della concorrenza¹⁶¹.

¹⁵⁹ Commissione europea, *Shaping Europe’s Digital Future*, cit., 5; Commissione Europea, *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)*, cit., par. 49.

¹⁶⁰ Commissione Europea, *Inception impact Assessment*, file:///C:/Users/Utente/Downloads/090166e5cff964b0%20(1).pdf, Bruxelles 2 giugno 2020, (ultimo accesso: 2 novembre 2020). Commissione Europea, *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)*, cit., 40.

¹⁶¹ F. Bertolino, *Ue verso la stretta sui big tech*, MF Milano Finanza, 6 novembre 2020.

Il self-preferencing come illecito antitrust?

Il presente lavoro si propone di verificare se il *self-preferencing* praticato dalle imprese digitali possa costituire o meno un illecito anticoncorrenziale ai sensi dell'articolo 102 TFUE. Per tale ragione, prendendo spunto dal caso *Google Shopping* si tenterà di comprendere quali siano state le ragioni che hanno consentito alla Commissione Europea di ritenere il *self-preferencing*, un comportamento illecito. Nel fare ciò, si terranno presenti i concetti di "leveraging" ed "equal treatment". Se da un lato l'istruttoria italiana dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nei confronti di Amazon riconduce il trattamento preferenziale nell'alveo delle pratiche discriminatorie, dall'altro quella analoga avviata negli Stati Uniti innanzi alla *Federal Trade Commission*, la ritiene una pratica legante. Tuttavia, prescindendo dal corretto inquadramento giuridico della condotta, pare ormai incontestabile dubitare della sua illiceità, così come prova l'articolo 6, lett. d) della proposta di Regolamento Europeo nota come "*Digital Markets Act*" (DMA).

Is self-preferencing an anticompetitive practice?

The present essay is aimed at ascertaining whether the self-preferencing adopted by the digital ecosystems could be considered an anticompetitive practice pursuant to article 102 TFUE. For this reason, this paper will build on the *Google Shopping Case* in order to understand the reasons behind the EU Commission's decision of condemning that behaviour as detrimental for the competition policy. Precisely, the present work will focus on the concept of "leveraging" and "equal treatment". On the one hand, the Italian Competition Authority's probe on Amazon FBA has deemed self-preferencing as a discriminatory practice, on the other hand a similar probe, launched by the Federal Trade Commission, considers it a tying practice. However, irrespective of the accurate legal framework of the behaviour, doubting its unfairness now seems undisputable, as proven by the article 6, lett. d) of the Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector "*Digital Markets Act*" (DMA).