



4 MAGGIO 2022

La riscoperta dell'abuso di dipendenza economica nell'era dei mercati digitali

di Anna Licastro

Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico
Università degli Studi "Gabriele d'Annunzio" di Chieti-Pescara

La riscoperta dell'abuso di dipendenza economica nell'era dei mercati digitali*

di Anna Licastro

Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico
Università degli Studi "Gabriele d'Annunzio" di Chieti-Pescara

Abstract [It]: Il lavoro sostiene l'idea che il *leveraging power* costituisca il reale punto di forza degli ecosistemi digitali e che l'istituto giuridico dell'abuso di dipendenza economica debba essere riconsiderato come possibile strumento normativo per arginare la monopolizzazione dei mercati secondari da parte dei *tech giants*. Il diritto antitrust ha concepito l'abuso di posizione dominante come principale condotta abusiva delle imprese, ma è evidente che le caratteristiche dei mercati *data-driven* sfuggano ad un'analisi che tenga conto solo di tale modalità di esercizio del potere. L'abuso di dipendenza economica rimasto in ombra nella dimensione normativa comunitaria merita di essere riscoperto ed attualizzato al fine di «imbrigliare» l'*intermediation power*, come tra l'altro evidenziano la recente riforma del *German Competition Act* e la proposta *Digital Markets Act*.

Title: The reassessment of abuse of economic dependence in the age of digital markets

Abstract [En]: This paper supports the view that the leveraging power constitutes the key strength of the digital ecosystem as well as the legal institution of abuse of economic dependence should be reconsidered as a possible juridical instrument to be used for containing the monopolization of secondary markets by tech giants. The Antitrust Laws have always conceived the abuse of dominant position as the main abusive conduct perpetrated by the firms, but it is evident that the characteristics of data-driven markets does not elude an analysis that takes only into account this way of exercising power. The abuse of economic dependence, which stayed out of sight in the European normative dimension, deserves to be reassessed and updated in order to curb intermediation power, as pointed out by the recent reform of *German Competition Act* and the proposal *Digital Markets Act*.

Parole chiave: Abuso di dipendenza economica; Apple; *switching cost*; *lock-in effect*; *hub&spoke*

Keywords: Abuse of economic dependence; Apple; switching cost; lock-in effect; hub&spoke

Sommario: **1.** Premessa. **1.1** Un'occasione colta: l'Autorità de la Concurrence condanna Apple per abuso di dipendenza economica. **2.** L'abuso di dipendenza economica e la sua possibile configurabilità nel contesto della *digital economy*. **2.1** Lo stato di dipendenza economica nei mercati digitali: questione di *switching costs* e *lock-in effect*. **2.2** Lo sfruttamento abusivo dello stato di dipendenza economica: il potere contrattuale fra *substantial market power* e *relative market power*. **3.** Un'occasione mancata: la pratica *hub&spoke* intercorsa fra Apple ed i grossisti Tech Data e Ingram Micro. **4.** Una breve riflessione conclusiva.

«Signore o sottoposto? Padrone o schiavo? Sono temi eterni, che riguardano la conoscenza, l'autorità e il potere, e che non potranno mai essere risolti una volta per tutte. La storia non finisce mai; ogni generazione deve imporre la propria volontà e la propria immaginazione, e ogni epoca è segnata da nuove minacce che obbligano a ridiscutere tali questioni».

(S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism*, London, Profile Books Ltd, 2019).

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Premessa

Un tempo erano i *trusts* ed oggi sono i *big tech*, un tempo era il petrolio ed oggi sono i *Big Data*, come nel mito dell'eterno ritorno di niciana memoria, la storia sta di nuovo ripetendo se stessa. Nel corso della metà del XIX secolo in America Edwin Drake trovò il modo per portare in superficie il petrolio, una delle risorse che avrebbe da lì a poco cambiato il volto dell'industria americana e segnato la nascita delle compagnie petrolifere¹. Nell'era digitale, la scoperta del valore strategico dei *big data* - the *new oil* secondo la celeberrima definizione dell'Economist - ha gettato le basi per l'avanzata ed il consolidamento del nuovo modello di business della *platform economy*². Il paragone si presenta estremamente calzante visto che, oggi come allora, si può constatare una concentrazione oligopolistica del potere di mercato fra poche grandi società, i GAFAM, impegnati a contendersi l'intero mercato digitale mediante la principale, se non unica, fonte del potere dei giganti del web: la raccolta ed il processamento del flusso dei dati³.

Se le due epoche sono comparabili sul piano dei fatti storici, lo sono meno sul piano della risposta legislativa che venne data dal *public enforcement*. Difatti, al potere privato dei magnati dell'industria americana, gli Stati Uniti reagirono nel 1890 con l'emanazione dello Sherman Act⁴, con cui si dichiarava da un lato l'illiceità degli accordi conclusi fra imprese «*in restraint of trade or commerce*», dall'altro si vietavano i tentativi di «*monopolize or combine or conspire with any other person or persons to monopolize*»⁵.

¹ B. LI VIGNI, *Le Guerre del petrolio*, Editori Riuniti, Roma, 2004, p.128.

² THE ECONOMIST, *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*, consultabile sulla pagina dell' [The Economist](#), 6 maggio 2017, (ultimo accesso: 4 luglio 2020).

³ A tal riguardo, si segnala che con l'acronimo GAFAM si suole far riferimento all'oligopolio costituito dalle cinque società americane del digitale Google (oggi, Alphabet), Amazon, Facebook (oggi Meta), Apple e Microsoft. Tra l'altro a partire dalla trasformazione di Google in Alphabet nel 2015 e di Facebook in Meta ad ottobre 2021, l'acronimo è cambiato in MAAMA ovvero (Meta, Alphabet, Amazon, Microsoft, Apple). In tal senso THE ECONOMIST, *Big tech's supersized ambitions*, consultabile su [The Economist](#), 22 January 2022 (ultimo accesso: 25 gennaio 2022); con riguardo alla fonte del loro potere cfr. E. M. FOX, *Platforms, Power and the Antitrust Challenge: A Modest Proposal to Narrow the U.S.-Europe Divide*, in *Nebraska Law Review*, Vol. 98, no. 2, 2019, p.304. Si consideri, inoltre, che, i c.d. GAFAM sono nati come *startups* dalla mente geniale di giovani visionari, hanno assunto le sembianze di ecosistemi digitali organismi complessi che non focalizzano più la loro *core business* su una sola attività d'impresa, ma hanno saputo ampliare il raggio d'azione ad altri settori della filiera produttiva, grazie al perfezionamento dell'integrazione fra prodotti e servizi offerti ai consumatori. La conquista di nuovi mercati sia resa possibile grazie all'abilità dei colossi della rete di saper usare le informazioni raccolte per progettare, sviluppare prodotti e servizi nuovi integrati e perfettamente interoperabili gli uni con gli altri. In tal senso, SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY, *Investigation of Competition in digital markets*, consultabile sul sito [Subcommittee On Antitrust, Commercial And Administrative Law Of The Committee On The Judiciary](#), October 2020, pp. 330-331; M. SCHALLBRUCH - H.SCHWEITZER - A. WAMBACH *et al.*, *A new competition framework for the digital economy*, cit., p. 17. Sul concetto di «*ecosystem*» si veda AUTORITÀ DE LA CONCURRENCE, COMPETITION & MARKETS AUTHORITY, *The Economics of Open and Closed System*, consultabile sul sito dell'Autorità [Competition & Markets Authority](#), 2014, p.6.

⁴ V. MANGINI, *Vecchio e Nuovo nell'Antitrust Nord-Americano*, in *Rivista di Diritto Civile*, Vol.1, n.2, 1982, pp.69-70.

⁵ F. ROMANI, *Le Radici Intellettuali di «law and Economics*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n.1, 2014, pp.12-13.

La prima legge antitrust della storia si ergeva così a difesa della libertà di iniziativa economica degli imprenditori⁶ - anche piccoli e medi - di modo che ne venisse salvaguardata la libertà individuale rispetto alle pressioni dei *leaders* incontrastati del petrolio, delle ferrovie, dello zucchero e del tabacco⁷.

Queste vicende si verificavano sul finire del diciannovesimo secolo negli Stati Uniti. Oggi sul fronte della lotta allo strapotere delle piattaforme online la prima concreta risposta in campo legislativo proviene dal Vecchio Continente. L'Unione Europea, con la proposta di regolamento *Digital Markets Act* (DMA) presentata il 15 dicembre 2020 ed approvata in plenaria a distanza di un anno dal Parlamento Europeo, intende dotarsi di una regolamentazione unica per tutti gli Stati Membri che sia efficace nel governare i *gatekeepers* e nel fare ciò sappia porsi come modello normativo di riferimento anche per Stati extra-UE al fine di ispirare in questi ultimi lo stesso intento regolatorio⁸. Dunque, la strategia predisposta si regge sulle medesime premesse che guidarono le istituzioni europee nell'emanazione del Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (GDPR) nel 2016 nella consapevolezza che l'intervento normativo non può più essere rimandato perché assicurare l'effettiva contentibilità dei mercati *data-driven* nonché salvaguardare il mercato unico digitale sono obbiettivi di vitale importanza⁹.

A dire il vero, anche negli Stati Uniti sono emersi, timidi ma incoraggianti, segnali dalle *authorities* antitrust che, sulla scia dei timori sollevati dagli studiosi neobrandesiani¹⁰ hanno proposto un «ritorno alle origini»

⁶ *Ibid.* L'Autore citando Giuliano Amato ricorda che all'epoca il bene da salvaguardare «non era la concorrenza» intesa come garanzia di competere sul mercato a parità di condizioni rispetto ai concorrenti e dunque nel senso moderno del termine, ma la libertà di contrarre ossia di stringere rapporti con chiunque si avesse interesse.

⁷ *Idem.* Cfr. S. LAMARCA, *Antitrust americano ed antitrust europeo*, A. CATRICALÀ - G. CASSANO - R. CLARIZIA (a cura di) *Concorrenza mercato e diritto dei consumatori*, UTET, Torino, 2018, pp.4-9.

⁸ EUROPEAN COMMISSION, Press Release, *Europe fit for the Digital Age: Commission proposes new rules for digital platforms*, testo consultabile sul sito della [Commissione Europea](#), Bruxelles, 2020, p.1. All'interno della proposta di Regolamento, si chiarisce che col termine «*gatekeeper*» si suole porre l'accento sul ruolo delle grandi piattaforme nell'economia digitale le quali sono in grado di stabilire chi può accedere o meno ad un dato mercato. La proposta chiarisce che tale qualificazione viene acquisita solo al raggiungimento di tre requisiti cumulativi: *a)* avere un impatto significativo sul mercato interno; *b)* gestisce un *core platform service* (ossia un'infrastruttura digitale che in grado di offrire servizi) che costituisce un punto d'accesso importante per consentire agli utenti commerciali di raggiungere gli utenti finali; *c)* detenga o è prevedibile che deterrà una posizione consolidata e duratura delle proprie attività.

⁹ A. LICASTRO, *Platform Economy: sei proposte di legge antitrust per fermare lo strapotere dei Big Tech*, consultabile sul sito del [Blog della Collana Orizzonti del diritto pubblico](#), 12 luglio 2021, (ultimo accesso: 5 novembre 2021), p.1; D. AMRAM, *The role of GDPR in designing the european strategy on artificial intelligence*, in *Opino Juris in Comparatione*, n.1, 2020, p.3.

¹⁰ Con il termine neobrandesiani (in inglese *neo-brandeisian*), si intende far riferimento al movimento che raccoglie studiosi del mondo accademico statunitense, giornalisti ed avvocati che, a partire dal 2017, hanno sollevato la necessità di rivedere i criteri normativi di riferimento della disciplina antitrust americana che negli ultimi trent'anni ha fatto propri i principi ispiratori della *Chicago School*. Gli studiosi della Scuola di Chicago si facevano sostenitori di un diritto antitrust finalizzato alla sola tutela del *consumer welfare* ed esclusivamente orientato alla promozione dell'efficienza produttiva delle imprese. Si trattava, dunque, di permettere alle imprese di massimizzare i profitti, applicando prezzi bassi ai consumatori. Un approccio che secondo i neobrandesiani oggi non si rivelerebbe più adatto ad accertare la concentrazione di potere privato nel settore digitale detenuta in mano ai GAFAM. Risalendo alle origini dell'appellativo, il termine trae origine da Louis Brandeis, giudice della Corte Suprema americana dal 1916 al 1939. Secondo Brandeis occorre evitare che il potere economico venisse concentrato in mano a pochi capitalisti perché, a suo dire, questi sarebbero stati in grado di influenzare anche le decisioni del Congresso, a lui si attribuisce lo storico enunciato: «*We must make our choice. We may have democracy, or we may have wealth concentrated in the hands of a few, but we cannot have both*». Pertanto, la disciplina antitrust, secondo Brandeis, doveva operare in base ad un sistema di *checks and balances* di madisoniana memoria. Sulla scorta di

per la disciplina della concorrenza d'oltreoceano. Fra i nomi di spicco del movimento, anche detto *hipster antitrust*, Tim Wu, consulente speciale della Casa Bianca in tema di concorrenza e tecnologia e Lina Khan nominata da Biden, Presidente della *Federal Trade Commission*¹¹.

Quelle che sembravano le teorie di una manciata di studiosi di diritto antitrust si sono tradotte in fatti concreti quando a giugno 2021 i membri della Camera dei Rappresentanti hanno presentato un pacchetto di proposte di legge antitrust volte a regolare il crescente potere di mercato delle piattaforme online¹². Fra di esse ha suscitato parecchio scalpore la proposta «*Ending the Platform Monopolies Act*» in quanto, prevedendo lo scorporo (*break-up*) delle società digitali, andrebbe a penalizzare pesantemente Amazon che si vedrebbe costretta a separare l'attività della piattaforma *e-commerce* in due distinte linee di business: una, per i propri prodotti e l'altra per i prodotti di marchio terzo¹³. A queste proposte va, inoltre, aggiunta quella presentata dai Senatori Amy Klobuchar e Charles E. Grassley denominata «*American Innovation and Choice Online Act*» di recente approvata dalla Commissione giustizia del Senato americano, gemella della medesima proposta presentata dalla *House of Representatives* la scorsa estate che obbliga i conglomerati digitali a non adottare comportamenti discriminatori nei riguardi dei propri *competitors*, vietando la pratica del *self-preferencing*¹⁴.

tali insegnamenti, i neobrandesiani ritengono che, per affrontare le sfide dei mercati digitali, le Corti americane debbano abbandonare l'approccio elaborato dalla *Chicago School* negli anni settanta. Secondo i neobrandesiani l'approccio *efficiency oriented* tralascia di considerare i meccanismi mediante i quali i giganti del web hanno potenziato il loro potere. Difatti, per poter acquistare sempre maggiori quote di mercato hanno favorito la vendita di prodotti a prezzi molto bassi oppure offerto servizi a costo zero. Tale strategia sfugge all'approccio della *Chicago School* che nella politica dei prezzi bassi vedeva un vantaggio per i consumatori. Pertanto, l'approccio dell'efficienza allocativa e del *consumer welfare* si rivelerebbe impreparato ed inadeguato nel valutare l'illiceità delle pratiche monopolistiche e predatorie dei GAFAM. A tal proposito, si accenna brevemente al fatto che il nuovo movimento è stato duramente criticato soprattutto da parte di quel mondo accademico che, nel ritorno dell'antitrust americano all'approccio strutturalista e alle *rules of law*, vede un tentativo di «imprigionare» l'innovazione e lo sviluppo tecnologico. Pertanto, il movimento neobrandesiano capitanato da Tim Wu e Lina Khan viene accusato di populismo e definito in termini derisori «*hipster antitrust*», espressione da attribuirsi a Medvedovsky Konstantin che, con essa ha voluto sottolineare come non sia necessario riesumare l'approccio strutturalista visto che il *consumer welfare*, faro della disciplina antitrust americana, costituisce già un concetto «*ill-equipped to cope with competitive concerns raised by large technology platforms in particular*». A tal riguardo, fra i molti cfr. L. KHAN, *The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 9, n.3, 2018, p.131-132; K. MEDVEDOVSKY, *Hipster antitrust - a brief sling or something more?*, in *CPI Antitrust Chronicle*, April 2018, pp.1-2; D. A. CRANE, *Four Questions for the Neo-Brandeisian*, in *CPI Antitrust Chronicle*, April 2018, p.1; R.PARDOLESI, *Hipster antitrust e sconvolgimenti tettonici: «back to the future»?», in *Mercato Concorrenza Regole*, n.1, 2019, p. 90.*

¹¹ THE WHITE HOUSE, Statements and Releases, *White House Announces Additional Policy Staff*, consultabile sul sito [The White House](https://www.whitehouse.gov/), Washington, March 5, 2021 (ultimo accesso: 22 marzo 2021); inoltre, THE WHITE HOUSE, Statements and Releases, *President Biden Announces his Intent to Nominate Lina Khan for Commissioner of the Federal Trade Commission*, consultabile sul sito [The White House](https://www.whitehouse.gov/), Washington, March 22, 2021, (ultimo accesso: 22 marzo 2021).

¹² A. LICASTRO, *Platform Economy: sei proposte di legge antitrust per fermare lo strapotere dei Big Tech*, cit., p. 4.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Col termine «*self-preferencing*» si intende quel comportamento anticoncorrenziale mediante cui i gestori delle piattaforme online favoriscono i propri prodotti o servizi, a discapito di quelli dei concorrenti. In tema *infra, sub. par. 2.2*. Sulle novità legislative introdotte negli Stati Uniti in tema di contrasto al potere delle grandi società del digitale, cfr. THE WASHINGTON POST, *Opinion: Finally, a promising piece of tech antitrust legislation in Congress*, consultabile sul sito [The Washington Post](https://www.washingtonpost.com/), 27 novembre 2021.

Si consideri, inoltre, che il *public enforcement* sta attribuendo sempre maggiore attenzione al rifiuto di fornire l'accesso ai dati grazie al quale le società della *digital economy* hanno raggiunto il monopolio informativo¹⁵. Questa preoccupante concentrazione di potere di mercato in mano a pochi grandi *big players* ed il conseguente abuso della posizione di potenza economica acquisita non può più essere spiegata dalle *authorities* in base alle tradizionali categorie giuridiche del diritto antitrust, neppure avvalendosi dei consueti strumenti di analisi del *public enforcement*¹⁶.

Prima dell'avvento dell'economia digitale, la posizione di dominanza veniva accertata tenendo conto delle quote di mercato, andando a verificare nello specifico se fosse stata superata la soglia quantitativa del 50% nel mercato di riferimento¹⁷. Oggi affidarsi a tale parametro non sembra più sufficiente. La dominanza degli ecosistemi digitali si fonda sull'«*intermediation power*» che consente loro, per il tramite di un'infrastruttura digitale oramai essenziale, non solo di stabilire chi può accedere al mercato di riferimento e rivolgersi ad uno dato gruppo di clienti, ma anche di estendere la propria posizione di forza nei mercati collegati in cui ancora non si è raggiunto un potere economico rilevante sia che si tratti di mercati fisici sia *data-driven*. Dunque, il reale punto di forza delle grandi piattaforme risiede nella capacità di *leveraging*¹⁸. I pericoli aumentano quando i conglomerati operano come piattaforme multicanale pregiudicando la concorrenza sia nei mercati *data-driven* sia nei mercati tradizionali in cui non hanno ancora raggiunto una posizione dominante¹⁹.

Di una tale situazione si è avuta evidenza quando il 16 marzo 2020 *Autorité de la Concurrence* si è dovuta confrontare col comportamento adottato da Apple nel settore della distribuzione, condannando la società per aver imposto prezzi di vendita ai rivenditori *Apple Premium Resellers* nonché per abuso di dipendenza economica.

¹⁵ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT, *Competition Law and Data*, consultabile sul sito del [Bundeskartellamt](http://www.bundeskartellamt.de), 10 maggio 2016, pp.36-39; in tal senso cfr. A. MANTELERO, *Big Data: i rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n.1, 2012, p.136; P. GRUNES, M.E.STUCKE, *No mistake about it: the importance role of antitrust in the Era of Big Data*, in *University of Tennessee Legal Studies Research Paper*, 269, 2015, p.1 ss.

¹⁶ V.H.S.E. ROBERTSON, *Antitrust Law and Digital Markets*, consultabile sul sito [SSRN Electronic Journal](http://www.ssrn.com), June 2020, pp.5-8; inoltre J. CRÉMER - Y. DE MONTJOYE - H. SCHWEITZER, *op.cit.*, pp.48-49.

¹⁷ CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, *AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities*, case C-62/86, 1991, ECLI:EU:C:1991:286, par. 60: “*With regard to market shares the Court has held that very large shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position (judgment in Case 85/76 Hoffman-La Roche v Commission [1979] ECR 461, paragraph 41). That is the situation where there is a market share of 50% such as that found to exist in this case*”.

¹⁸ V.H.S.E. ROBERTSON, *Antitrust Law and Digital Markets*, *cit.*, p.10; J. CRÉMER - Y. DE MONTJOYE - H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, *European Commission*, *cit.*, pp.48-49; H. SCHWEITZER - J. HAUCAP - W. KERBER, *et al.*, *Modernising the Law on Abuse of Market Power: Report for the Federal Ministry for Economic Affairs and Energy (Germany)*, consultabile sul sito [SSRN Electronic Journal](http://www.ssrn.com), Report, January 2018, pp.3-4, H. A. SHELANSKI, *op.cit.* pp.1676-1677, J. MONTGOMERIE - S. ROSCOE, *Owning the Consumer-Getting to the Core of the Apple Business Model*, in *Accounting Forum*, Vol. 37, n.4, 2013, pp.292-293.

¹⁹ J. MONTGOMERIE - S. ROSCOE, *Owning the Consumer-Getting to the Core of the Apple Business Model*, in *Accounting Forum*, Vol. 37, n.4, 2013, pp. 292-293.

Alla luce di tali premesse, l'obiettivo che si pone il presente scritto è avvalersi dell'istruttoria francese per interrogarsi in merito alla possibilità di considerare la pronuncia dell'Autorità in tema di *abuse of economic dependence* non come un caso eccezionale e sporadico, bensì come la concreta occasione - almeno nel contesto dell'economia di piattaforma - per rimeditare l'applicazione dell'abuso di dipendenza economica nell'ambito del diritto antitrust comunitario.

Per tali ragioni, il lavoro si occuperà in un primo momento di analizzare l'istruttoria aperta dall'Autorità francese della concorrenza nei riguardi di Apple e verificarne gli esiti. Nel proseguo, si tenterà di spiegare come nell'ambito della *digital economy* la dipendenza economica meriterebbe di essere ripensata alla luce dell'eventuale abuso di controllo dei dati che gli ecosistemi digitali realizzano sui mercati virtuali. Da questo punto di vista, lo scritto cercherà di sostenere che l'abuso di dipendenza può ben considerarsi una delle declinazioni in cui si articola il multisfaccettato potere dei *tech giants*.

Nella parte finale del lavoro, si farà luce sulla principale manchevolezza della decisione francese ossia non aver saputo cogliere l'opportunità di riconoscere l'esistenza della pratica *hub&spoke* nel rapporto triangolare di distribuzione commerciale intervenuto fra Apple ed i due più importanti grossisti francesi alla luce anche dell'importanza che tali condotte stanno assumendo nell'ambito dell'analisi antitrust, ma di ciò si avrà modo di parlare successivamente.

1.1. L'occasione colta: l'Autorité de la Concurrence condanna Apple per abuso di dipendenza economica

Negli ultimi anni il *public e private enforcement* hanno compreso che la capacità di *leveraging* costituisce uno dei punti di forza dei conglomerati digitali. Tuttavia, almeno sino alla proposta di Regolamento *Digital Markets Act*, l'approccio maturato soprattutto dalla stessa Commissione europea sembrava essere quello di chi, secondo il noto proverbio cinese, preferiva focalizzarsi sul dito che punta alla luna piuttosto che guardare alla luna stessa. Difatti, nel tentativo di limitare la concentrazione del potere dei *tech giants*, si è posta attenzione al solo concetto di abuso di posizione dominante (il dito nel paragone di poc'anzi), tralasciando di considerare che l'ostacolo alla concorrenza può anche scaturire da quelle piattaforme multiservizio che, pur non trovandosi in condizioni di superdominanza in un determinato settore produttivo, dispongono comunque in esso di un elevato potere di mercato, destinato a consolidarsi.

A differenza della Commissione europea, alcuni Stati Membri contemplano già la possibilità di sanzionare lo sfruttamento abusivo del potere di mercato «relativo» con l'abuso di dipendenza economica. Seppur le suddette normative riguardano l'attuazione di forme di dipendenza economica perpetuate nel contesto dei mercati tradizionali, queste sembrerebbero adattarsi bene al settore della *digital economy*. In tal caso, il condizionale è d'obbligo, visto che la doppia natura della fattispecie normativa, a metà fra il diritto privato

e il diritto antitrust, ha reso piuttosto restie le autorità nazionali della concorrenza, come quella italiana, ad avvalersene.

Di conseguenza, non c'è da stupirsi se il sistema giurisdizionale francese il cui l'ordinamento giuridico, insieme a quello tedesco, costituisce oggi il modello normativo più progredito in tema di dominanza relativa, abbia visto emergere la necessità di una rimediazione dell'abuso di dipendenza economica alla luce delle sfide che i mercati digitali stanno lanciando al diritto antitrust su scala mondiale. Con la decisione del 16 marzo 2020, tale riscoperta ha trovato la sua consacrazione²⁰.

Sulla scorta del ricorso del 12 Aprile 2012 presentato dalla società *eBizcuss.com* (in seguito, *eBizcuss*) *Autorité de la Concurrence* ha sanzionato la società Apple per aver adottato pratiche anticompetitive nel sistema di distribuzione dei prodotti a marchio Apple²¹. Ebbene, alla società californiana è stato contestato di: *a*) aver concluso accordi di distribuzione commerciale selettiva con i due più grandi distributori di prodotti e servizi di tecnologia dell'informazione su scala mondiale, Tech Data e Ingram Micro dando luogo così ad un'intesa restrittiva per oggetto contraria agli articoli 101, par. 1 TFUE e L.420-1 del Codice del Commercio francese; *b*) un accordo di restrizione verticale dei prezzi di rivendita (imposizione del prezzo di rivendita, pratica meglio nota nella versione inglese con l'acronimo RPM ossia *Resale Price Maintenance*) stipulato con distributori specializzati nella distribuzione di prodotti a marchio Apple, denominati Apple Premium Resellers (APRs) in spregio agli articoli 101, par. 1 TFUE e L.420-1 del Codice del Commercio francese nonché *c*) di aver abusato dello stato di dipendenza economica in cui versano i distributori specializzati APRs nel rapporto con la società digitale²².

Prima di passare all'analisi delle pratiche sanzionate, occorre comprendere brevemente in che modo la società di Cupertino ha creato le condizioni che gli hanno consentito poi di restringere sensibilmente la concorrenza nel mercato della distribuzione dei prodotti *hi-tech*.

È noto che la società californiana nasce come produttore di *personal computers*, ma è stata l'integrazione fra *hardware* e *software* la vera forza del modello di impresa creato da uno dei suoi celebri fondatori Steve Jobs, dando vita ad un esempio perfetto di quella che gli economisti definiscono «*disruptive innovation*»²³. La società ha fatto in modo che i contenuti offerti mediante le proprie applicazioni digitali (si pensi ad *iTunes Music Store*, *iCloud*) potessero essere fruiti solo tramite dispositivi *hardware* progettati e sviluppati dalla

²⁰ G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, Giappichelli, 2004, p.113;

²¹ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Apple/eBizcuss*, Decision 20-D-04, consultabile sul sito dell'[Autorité de la Concurrence](#), 16 March 2020, pp.3-5.

²² *Ibid.*, pp.3-5.

²³ C. M. CHRISTENSEN - M. E. RAYNOR - R. MCDONALD, *What is Disruptive Innovation?*, in *Harvard Business Review*, December 2015, pp.1 ss; sul punto M. G. HARVEY - M. M. NOVICEVIC, *The World is Flat: A Perfect Storm for Global Business?* in *Organizational Dynamics*, Vol. 35, no. 3, 2006, p.213.

stessa società (ad esempio *Iphones, Ipad, Ipod*)²⁴. In tal modo, il colosso del web è stato in grado di legare a «doppio filo» i consumatori ed impedirgli di rivolgersi ad altri operatori concorrenti²⁵.

Le società digitali della Silicon Valley, come Apple, all'alba del ventunesimo secolo, avevano compreso che l'avvento delle nuove tecnologie avrebbe visto di fatto nascere una nuova società in cui dal consumo di massa si sarebbe passati al consumo individuale per cui l'attenzione alle preferenze del consumatore sarebbe divenuta essenziale per la sopravvivenza del modello di business aziendale²⁶. Si pensi a quanto si rivelò rivoluzionario nel 2007 il lancio dell'iPhone con cui si offrì ai consumatori un prodotto con cui si potesse accedere ai contenuti online non più solo attraverso i *computers* segnando, in sostanza, la nascita del consumo «a portata di click»²⁷. Tuttavia, affinché l'integrazione e l'interoperabilità fra *hardware* e *software* ponesse il gigante del digitale in una posizione di vantaggio competitivo rispetto ai concorrenti, si rendeva necessario controllare anche la rete distributiva sia nel settore del commercio all'ingrosso sia del commercio al dettaglio, facendo in modo che i dispositivi Apple venissero commercializzati da tutti gli attori della catena di rivendita allo stesso prezzo²⁸.

A detta della multinazionale, la distribuzione dei prodotti sarebbe stata costruita sulla base di un sistema di distribuzione aperto. Non sarebbe esclusivo perché non sarebbe stato affidato ad un distributore unico il compito di rivendere i prodotti del fornitore esclusivamente in un determinato territorio, non sarebbe selettivo perché non vi sarebbe stata una selezione fra i rivenditori autorizzati.

In realtà, l'istruttoria e le risultanze probatorie raccolte hanno evidenziato che le modalità operative adottate nella gestione della rete di distribuzione dei prodotti hanno consentito ad Apple di impedire, restringere o falsare sensibilmente il gioco della concorrenza nel mercato interno e di assumere il controllo sul mercato francese di rivendita dei suoi prodotti.

È interessante rilevare che il sistema di distribuzione costruito da Apple si sviluppa non solo sul versante del commercio all'ingrosso (c.d. *upstream market*) in cui la società rifornisce i grandi grossisti di prodotti di informatica Tech Data e Ingram Micro, ma anche sul versante del commercio al dettaglio (c.d. *downstream market*) in cui la distribuzione si dipana in due linee diverse. Nel mercato tradizionale i prodotti vengono venduti direttamente dagli *Apple Retail Store (ARs)*, mentre nel mercato virtuale dagli *Apple Online Store (AOS)*. Vi è di più. La società digitale si occupa di rifornire direttamente, insieme ai grossisti, anche un gran numero di negozianti al dettaglio specializzati nella vendita dei prodotti a marchio Apple distinti per condizioni contrattuali in *Apple Premium Reseller (APRs)*, *Apple Authorised Resellers (AARs)* nonché per

²⁴ J. MONTGOMERIE - S. ROSCOE, *op.cit.*, pp.291-292.

²⁵ *Ibid.*, p.291.

²⁶ S. ZUBOFF, *op.cit.*, pp.38-55. L'Autrice sostiene che l'Era digitale «racchiudeva in sé la promessa implicita di stare al nostro fianco, assecondando i nostri nuovi bisogni e valori».

²⁷ Cfr. C. M. CHRISTENSEN - M. E. RAYNOR - R. MCDONALD, *op.cit.*, p.5.

²⁸ AUTORITÈ DE LA CONCURRENCE, *Apple/eBizcuss, Decision 20-D-04, cit.*, p.21.

dimensioni i *Retailers*, *Auchan* o *Carrefour*²⁹. Si tenga, inoltre, conto che i rivenditori al dettaglio possono rifornirsi anche indirettamente dai grossisti Tech Data e Ingram Micro piuttosto che acquistare da Apple. La rete distributiva ideata presenta un grado di complessità tale che per capirne a pieno i meccanismi che hanno consentito ad Apple di guadagnare una posizione di dominio incontrastato nel settore della distribuzione, occorre passare brevemente in rassegna gli illeciti antitrust addebitabili alla società singolarmente secondo l'ordine che emerge dal provvedimento istruttorio.

L'Autorità francese della Concorrenza ha accertato che, nell'ambito del commercio all'ingrosso Apple ed i grossisti Tech Data e Ingram Micro, hanno concluso un'intesa verticale restrittiva per oggetto della concorrenza nella rete distributiva contraria agli articoli 101, par. 1, lett. c) TFUE e L.420-1 del Codice del Commercio francese³⁰.

L'accordo di distribuzione commerciale selettiva dei prodotti a marchio Apple prevedeva che la società californiana si impegnasse a rifornire i suoi prodotti ai grossisti Tech Data e Ingram Micro i quali, a loro volta, si obbligavano a rivenderli ai commercianti al dettaglio autorizzati dal conglomerato digitale.

Dall'indagine è emerso che Apple, per il tramite della pratica collusiva, aveva gestito unilateralmente l'allocazione dei dispositivi *hi-tech* e dei clienti fra i due distributori autorizzati, tra l'altro, con il loro consenso tacito o espresso³¹. A ben vedere, ai distributori non veniva lasciata alcuna libertà d'iniziativa in quanto era Apple che stabiliva la quantità dei prodotti e determinava il numero dei rivenditori al dettaglio ai quali i grossisti avrebbero dovuto consegnarli³². In realtà, in un mercato in cui agli operatori economici va assicurata la libertà di competere a condizioni uguali e non discriminatorie, i distributori autorizzati dovrebbero poter essere lasciati liberi di stabilire quali rivenditori rifornire e in che quantità rivendere il prodotto. In un sistema in cui è Apple, come fornitore, a controllare il meccanismo di ripartizione dei prodotti e dei clienti della merce è impossibile garantire il buon funzionamento del gioco competitivo.

L'illecita ripartizione della clientela e delle fonti di approvvigionamento imposta ha impedito che il sistema distributivo dei prodotti a marchio Apple restasse altamente competitivo, determinando una diminuzione della concorrenza *intra-brand*, cioè fra distributori dello stesso marchio, con conseguente sterilizzazione della rivalità fra soggetti economici. Due dei più grandi distributori di dispositivi *high-tech* si sono così

²⁹ J. MONTGOMERIE - S. ROSCOE, *op.cit.*, 297; inoltre si veda AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Apple/eBizcuss*, Decision 20-D-04, *cit.*, p.26.

³⁰ Per restrizione per oggetto, si veda quanto statuito dalla giurisprudenza comunitaria in tal senso: Corte di Giustizia dell'Unione Europe sent. del 30 gennaio 2020, Case C-307/18, *Generics (UK) Ltd e altri contro Competition and Markets Authority*, ECLI:EU:C:2020:52.

³¹ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Apple/eBizcuss*, Decision 20-D-04, *cit.*, parr. 630-634. Al paragrafo 634 si legge: «I am also VERY surprised (and not pleasantly, to tell the truth) to see that you set us a target rate on the ipods and their accessories when that business is COMPLETELY managed by Apple. We don't have control. Apple decides the product allocations to deliver and the customers to be delivered to. We do what we're told (...)».

³² C-E. AUDUC, *The French Competition Authority fines Apple a record of 1.1 billion: a renewed use of abuse of economic dependence*, in *Competition Forum Law & Economics*, 21th January 2021, p.2.

trasformati in meri «*logist intermediaries*»³³ fra il conglomerato digitale ed i rivenditori al dettaglio; del tutto esautorati della loro capacità organizzativa ed autonomia gestionale, sono divenuti *longa manus* dell'ecosistema digitale.

Come dichiarato nel corso delle audizioni testimoniali dai rappresentanti legali della società Tech Data, i distributori erano stati costretti ad adeguarsi alla strategia imposta per una semplice ragione: «*Apple is an indispensable, unavoidable supplier. We are subject to their strategy and the relationship with them*»³⁴. È chiaro che la concorrenza *intra-brand* sia stata distorta proprio in virtù del doppio ruolo giocato nel settore di distributivo dalla società californiana da un lato produttore/rifornitore di Tech Data e Ingram Micro e dall'altro rifornitore dei rivenditori al dettaglio alla pari degli stessi grossisti. In tal modo, Apple ha guadagnato un vantaggio competitivo illecito che le ha consentito di sottoporre ad un trattamento diverso i rivenditori al dettaglio a seconda che scegliessero la società americana come canale di rivendita preferenziale o i grossisti in via indiretta.

La discriminazione è lampante nel *downmarket*. L'Autorità ha evidenziato che quando i rivenditori al dettaglio, come gli Apple Premium Resellers, scelgono di rifornirsi dai grossisti piuttosto che dal canale predisposto dalla società californiana riscontrano ritardi nella fornitura dei prodotti, soprattutto in periodi di lancio di nuovi dispositivi. Un ritardo che non era di certo addebitabile ad eventuali negligenze di Tech Data o Ingram Micro, quanto semmai alla volontà di Apple di favorire il suo canale di rivendita a discapito degli altri distributori. È stato rivelato, infatti, che erano gli stessi distributori autorizzati a riscontrare una serie di difficoltà nell'ottenere da Apple la fornitura dei prodotti da rivendere ai commercianti al dettaglio. Nell'approvvigionare con un minor quantità di prodotti i grossisti, Apple privilegiava i suoi canali distributivi che, invece, avevano sempre a disposizione una quantità di prodotti tale da soddisfare i negozianti al dettaglio, i quali si vedevano costretti ad acquistare direttamente dagli *store* della società californiana³⁵. Se ne deduce che, nonostante le ripercussioni negative che la pratica collusiva ha avuto sulla concorrenza *intra-brand* e sulla libertà d'azione degli attori coinvolti, i grossisti hanno deciso scientemente di allinearsi alla pretesa di Apple di dare priorità al proprio canale di distribuzione perché adeguarsi costituiva l'unica strada per continuare ad esistere sul mercato dei distributori.

Se l'accordo di distribuzione selettiva restrittivo per oggetto ha indebolito il gioco competitivo nel mercato del commercio all'ingrosso, nel mercato del commercio al dettaglio la collusione è stata perpetuata dal conglomerato digitale mediante l'imposizione dei prezzi di rivendita (*Resale Price Maintenance*, RPM)³⁶ per il tramite della conclusione di un accordo verticale con cui Apple ha obbligato i

³³ *Ibid.*, par. 672.

³⁴ *Ibid.*, par. 678.

³⁵ *Ibid.*, parr. 250-257.

³⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, 2010/C 130/01, 19 maggio 2010, par.48.

rivenditori *Apple Premium Reseller* (APRs) a rivendere i suoi prodotti solo al prezzo fisso minimo imposto dalla medesima in aperta violazione dell'articolo 101, par. 2, lett. a) del TFUE e dell'articolo L.420-1 del Codice del Commercio francese³⁷.

È emerso dalle indagini istruttorie che la pratica restrittiva di imposizione del prezzo di rivendita è stata attuata non solo in modo diretto mediante apposite *email* inviate da Apple agli APRs subito dopo il lancio dei nuovi prodotti, nelle quali veniva espressamente «raccomandato» il prezzo da applicare, ma anche in modo indiretto costringendo i rivenditori ad adeguarsi ai prezzi offerti nei propri canali di rivendita presenti tanto fisicamente sul territorio francese (*Apple Store*) quanto online nel suo sito *e-commerce* (*Apple.com*) e, dunque, facilmente consultabili dai consumatori. Inoltre, sempre indirettamente, mediante il controllo delle promozioni e col monitoraggio del prezzo mediante periodiche ispezioni in incognito (*mystery shoppers*)³⁸. Il mancato rispetto del prezzo imposto veniva sanzionato pesantemente con riduzioni nelle forniture della merce ai negozianti, incapaci, quindi, di soddisfare così le richieste dei loro clienti.

Ebbene, il meccanismo di controllo ha, di fatto, impedito ai dettaglianti di vendere a prezzi più bassi, a discapito dei rivenditori concorrenti e dei consumatori cui veniva negata la possibilità di acquistare a prezzi più convenienti³⁹. Ne è quindi derivato un indebolimento della concorrenza, pregiudicata nel *downstream market*, fra i dettaglianti che non avevano margine di azione nel apportare variazioni ai prezzi o agli sconti da praticare, a pena di pesanti ritorsioni. Se l'accordo di distribuzione selettiva e l'intesa verticale di imposizione del prezzo di rivendita costituiscono ipotesi di *hardcore restrictions* note al diritto della concorrenza è, invece, la condanna per abuso di dipendenza economica che ha consentito al provvedimento dell'Autorità francese della concorrenza, nell'allegoria di cui sopra, di puntare alla luna piuttosto che al dito e ripensare gli effetti dello stato di dipendenza economica alla luce del nuovo scenario economico proposto dall'economia di piattaforma.

La pronuncia ha accertato che, in violazione dell'articolo L.420-2 par. 2 del Codice del Commercio francese, la società di Cupertino ha abusato della situazione di dipendenza economica in cui versano gli *Apple Premium Resellers* rispetto al conglomerato digitale nel settore della distribuzione dei dispositivi Apple. A differenza delle prime due pratiche considerate illecite, per sanzionare la pratica abusiva, l'Autorità non ha potuto far appello all'articolo 102 del TFUE che non contiene alcun espresso riferimento all'abuso di dipendenza economica.

Pertanto, ha fondato la sua decisione solo sulla normativa francese che ha introdotto nel ordinamento giuridico la dipendenza economica come ipotesi di abuso con l'*Ordonnance* numero 1243 del 1 dicembre del 1986 agli articoli 8-2, poi successivamente modificati dalla Legge numero 2001-420 in base alla quale

³⁷ *Ibid.*, parr. 828-955.

³⁸ *Ibid.*, parr. 432-435.

³⁹ *Ibid.*, parr. 932-934; inoltre sul punto C-E. AUDUC, *op.cit.*, p.3.

si considera vietato «l'abuso dello stato di dipendenza economica in cui si trova un'impresa cliente o fornitrice nei confronti di una società o gruppo di società laddove sia in grado di influenzare il funzionamento o la struttura della concorrenza. Tale abuso può comprendere anche un rifiuto a vendere, pratiche leganti o discriminazioni o accordi di esclusiva vertenti su una vasta gamma di prodotti». Una possibilità, tra l'altro, consentita all'articolo 3, par. 2 del Regolamento (CE) n.1/2003. Ebbene, in virtù di tale disposizione, l'Autorità francese ha applicato alla vicenda in esame quanto prescritto in tema di dipendenza relativa dalla propria normativa.

In primo luogo, lo stato di dipendenza economica è stato misurato sulla base della reputazione del *brand* o del prodotto venduto, della quota di mercato del produttore, dell'impatto che la vendita dei prodotti del fornitore avrebbe sul fatturato del rivenditore nonché dell'incapacità per il rivenditore di fare ricorso in via alternativa ad altri fornitori per l'approvvigionamento del suo magazzino. Con riguardo alla notorietà del *brand*, Apple ha sempre negato che questa abbia giocato un ruolo nel porre i dettaglianti in uno stato di dipendenza. Al contrario, come ben rilevato dall'Autorità, l'importanza guadagnata dal marchio Apple negli anni è «*undeniable*⁴⁰» perché la strategia di *marketing* del colosso ha consentito al *brand* di instaurare un rapporto di simbiosi con i clienti al solo scopo di fidelizzarli e renderli dipendenti dai suoi dispositivi⁴¹. In secondo luogo, con riguardo alla quota di *market share* detenuta dalla società produttrice, la decisione mette in evidenza che in effetti il conglomerato digitale, all'epoca dell'apertura dell'istruttoria, non possedeva una quota superiore al 50% tale da far ritenere provata una posizione di dominio economico incontrastato come sostenuto per orientamento consolidato della giurisprudenza comunitaria⁴². Tuttavia, l'Autorità ha sottolineato come, nell'abuso di dipendenza economica, ad avere rilievo non siano le quote nel mercato rilevante, ma l'acquisizione di un potere relativo (il c.d. *relative market power*) che consenta di esercitare un forte potere di negoziazione sui *partners* commerciali⁴³.

Al contrario delle argomentazioni offerte dalla società americana non può negarsi l'influenza che la gamma dei prodotti Apple aveva sul fatturato dei APRs tanto da raggiungere in alcuni casi quote superiori al 50% del totale delle vendite dei dettaglianti. I negozianti erano, dunque, costretti a rivendere dispositivi a marchio Apple, in quanto rinunciare a quella quota di profitti sarebbe stato controproducente per le proprie attività. Per tale ragione, concludevano contratti in cui lo spazio per la negoziazione era ridotto all'osso o peggio, in cui nulla era negoziabile⁴⁴.

⁴⁰ *Ibid.*, par. 985.

⁴¹ *Ibid.*, parr. 985-987.

⁴² Sul punto si vedano i casi: Corte giust. sent. del 13 febbraio 1979, Case C-85/76, *Hoffmann-Laroche v Commission*, ECLI:EU:C:1979:3, par. 41; nonché recentemente Commissione Europea, 27 giugno 2017, Caso AT.39740, Google Search (Shopping), C(2017)4444, final, consultabile sul sito della [Commissione Europea](#), par.266, (ultimo accesso: 14 maggio 2021).

⁴³ *Ibid.*, parr. 990-993.

⁴⁴ *Ibid.*, parr. 1008-1010.

Infine, il parametro dell'assenza di alternative equivalenti è stato provato analizzando le clausole dei contratti intervenuti fra la società ed i dettaglianti. Sarebbe emerso che Apple avrebbe imposto condizioni eccessivamente gravose e discriminatorie che - se non fosse esistito un rapporto di dominanza-dipendenza fra rivenditore e commercianti al dettaglio - gli APRs non avrebbero mai accettato.

Fra le clausole inique vanno menzionate quelle che imponevano agli APRs di non vendere prodotti *hi-tech* di marchi concorrenti nei loro negozi, di non aprire *stores* in altri Stati Membri dell'Unione Europea nei quali vendere prodotti di altre società. Inoltre, il patto di non concorrenza in ottemperanza del quale, sei mesi dopo la scadenza dell'accordo di rivendita sottoscritto con Apple, veniva proibito di aprire negozi in cui vendere, in territorio comunitario, dispositivi diversi da quelli della società di Cupertino. Del pari, non avrebbero neppure potuto affiliarsi ai canali distributivi concorrenti.

Lo scopo della società americana era chiaro: divenire un *partner* commerciale obbligato per gli APRs in modo tale da renderli economicamente dipendenti dai suoi prodotti e dalla sua rete distributiva, visto che gli altri produttori di dispositivi elettronici non possedevano caratteristiche tali equivalenti per svincolarsi da Apple⁴⁵.

Del tutto inconferente poi, l'obiezione della società secondo cui, l'alternativa per gli APRs sarebbe, in realtà, consistita sia nella libertà di scegliere, piuttosto che lo *status* di Apple Premium Resellers, quello di Apple Authorised Resellers (indicato in seguito dall'acronimo AARs) sia nella possibilità di rifornire i grandi magazzini nei sei mesi successivi alla cessazione del rapporto negoziale.

L'Autorità ha dimostrato, invece, che tutti i dettaglianti francesi possedevano in partenza lo *status* di AARs e che solo, in seguito, potevano scegliere di aderire al programma APRs offerto dalla Apple, guadagnando la qualifica di APRs. Grazie all'adesione, avrebbero avuto accesso ad una serie di vantaggi di cui, se fossero rimasti meri AARs, non avrebbero mai beneficiato; senza contare che accettare le condizioni del programma APRs li avrebbe avvantaggiati anche sul piano dei ricavi rispetto ai AARs⁴⁶.

L'imposizione di clausole ingiustificatamente gravose, i ritardi nella fornitura della merce, l'incertezza sulla quantità i prodotti da consegnare o l'insufficiente libertà di praticare sconti e promozioni hanno limitato in modo eccessivo la libertà di iniziativa economica dei dettaglianti APRs e la capacità di gestire la propria attività commerciale in maniera autonoma.

L'Autorità francese ha rilevato che la *ratio* della strategia andava ravvisata nella volontà della società americana di conquistare il controllo dell'intero mercato francese del commercio al dettaglio. L'acquisizione di una posizione dominante in tale settore le aveva consentito di aprire i suoi canali di rivendita (Apple Stores) in bacini territoriali in cui l'utenza disponeva di una maggiore capacità redditizia

⁴⁵ *Ibid*, parr. 1014-1018.

⁴⁶ *Ibid*, parr. 1031-1039.

e di lasciare alla rete dei dettaglianti francesi, mera copia degli Apple Stores, la gestione delle vendite in bacini di utenza meno remunerativi, seppur a discapito della concorrenza *intra-brand* che ne usciva inesorabilmente indebolita⁴⁷.

2. L'abuso di dipendenza economica e la sua possibile configurabilità nel contesto della *digital economy*

La decisione n. 20-D-04 del 16 marzo 2020 con cui l'*Autorité de la Concurrence* francese ha sanzionato per circa un miliardo di Euro la società americana per abuso di dipendenza economica spinge ad interrogarsi su una possibile ed auspicabile applicazione dell'istituto al settore dell'economia digitale.

L'Unione Europea non ha una norma che sanzioni tale categoria di abuso e al momento non starebbe pensando di usarla in ottica antimonopolistica per contrastare le grandi piattaforme digitali. Occorre, dunque, far riferimento agli ordinamenti di alcuni Stati Membri, nello specifico, Germania, Italia e Belgio per verificare come i legislatori di questi Paesi stiano rimeditando l'applicazione dell'abuso di dipendenza economica come strumento per sanzionare lo sfruttamento abusivo del potere di dominanza relativa, esercitato non sul mercato, ma nel contesto delle relazioni contrattuali fra società del digitale ed utenti *business*. In ognuna delle legislazioni nazionali poc'anzi menzionate, non sono stati abbandonati i criteri legali da cui la fattispecie origina (lo stato di dipendenza economica e sfruttamento illecito dello stesso), ma si è cercato di potenziarne gli effetti per stroncare sul nascere la concentrazione di potere nel mercato digitale⁴⁸.

La dipendenza economica presuppone l'esistenza di un rapporto fra soggetto dominante e soggetto dominato per cui quest'ultimo dipende completamente da un altro operatore economico, di fatto, suo «*partner obbligato*». Come sostenuto da Osti, si tratta di una situazione in cui uno degli operatori economici è in grado di porsi in una posizione di superiorità rispetto all'altro per via della relazione commerciale che hanno instaurato⁴⁹. Si è dinnanzi ad legame in cui il dominato non può rinunciare al dominante vista l'assenza di *partners* equivalenti nel mercato di riferimento. La teoria comunitaria del «*partner obbligato*» è ben configurabile nel rapporto che lega le grandi piattaforme e gli utenti commerciali che ad esse si affidano per la vendita dei propri prodotti o dei propri servizi. La Germania, la cui normativa in tema di dipendenza economica è all'avanguardia in Europa, ben consapevole della suesposta dinamica, è intervenuta prima nel 2017 e poi nel 2021 per modificare la Legge contro le restrizioni della concorrenza (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, in seguito *GWB*) allo scopo di produrre una normativa che si occupi

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ T. TOMBAL, *Economic Dependence and Data Access*, in *IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law* 51, n. 1, 2020, p.74.

⁴⁹ C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n.1, 1999, p.20.

degli abusi perpetuati nel mercato online dai *big tech*. Il 18 gennaio 2021 il Parlamento tedesco ha così approvato la decima novella che estende anche alle piattaforme digitali la disciplina dell'abuso di dipendenza economica ed introduce un nuovo concetto di abuso di posizione dominante rivolto esclusivamente alle piattaforme multiversante.

All'attuale modello tedesco si è ispirato il legislatore italiano la cui disciplina in tema di sfruttamento del potere economico relativo risale alla Legge n.192 del 1998 sulla subfornitura.

Il 4 novembre 2021 il Consiglio dei Ministri italiano ha approvato il disegno di legge per mercato e la concorrenza, la cui riforma costituisce uno degli obiettivi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ed è ritenuta essenziale in quanto motore di rilancio dell'economia italiana. Fra le novità più importanti per l'economia digitale l'articolo 29 che ha la finalità precipua di rafforzare il contrasto all'abuso di dipendenza economica da parte delle piattaforme digitali. La necessità di potenziare l'istituto è il frutto di una proposta avanzata dall'AGCM a marzo 2021 con cui ha presentato al Governo il Report intitolato «Le Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza 2021» col fine di rendere il mercato italiano più efficiente ed adatto ad affrontare le sfide che i giganti del digitale pongono al diritto antitrust⁵⁰.

Nello specifico, l'articolo 29 del d.d.l. concorrenza rubricato «Rafforzamento del contrasto all'abuso di dipendenza economica» dispone che, all'articolo 9 della Legge sulla subfornitura, venga aggiunto il comma 1 *bis*: «Salvo prova contraria, si presume la dipendenza economica nel caso in cui un'impresa utilizzi i servizi di intermediazione forniti dalla piattaforma digitale che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o disponibilità dei dati⁵¹». Molte sono state le perplessità sollevate a seguito della presentazione della proposta, in quanto viene introdotta una presunzione relativa di dipendenza economica a carico delle *big tech companies* le quali sarebbero tenute in giudizio a dimostrare l'infondatezza dell'eccezione relativa allo stato di dipendenza in cui verserebbero le imprese terze. In tal modo, si sostiene, verrebbero condannati a priori i colossi del web, ostacolando lo sviluppo dell'innovazione e la crescita della digitalizzazione che tali imprese sono in grado di generare nel Paese⁵².

⁵⁰ F. PETROCELLI, *Nuovi approdi e proposte di regolazione contro gli abusi di dominanza nei mercati digitali: una analisi comparativa*, in *Federalismi.it*, 16 giugno 2021, p.212. Inoltre sul punto si veda AGCM, *Le Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza 2021*, 22 marzo 2021, consultabile sul sito dell'[AGCM](#).

⁵¹ Articolo 29 D.d.l. per il mercato e la concorrenza, consultabile al sito del [Senato](#). Si fa presente che sarà in discussione al Senato sino agli inizi di maggio 2022 e che l'approvazione definitiva del testo è prevista entro luglio 2022.

⁵² In tal senso si vedano: G. COLANGELO, *Piattaforme digitali e squilibrio di potere economico nel disegno di legge annuale sulla concorrenza: l'araba fenice della dipendenza economica*, in *Menabò di Etica ed Economia* consultabile sul sito [Etica ed Economia](#), 14 dicembre 2021; F. DEBENEDETTI, *Quella presunzione di dipendenza che ci isola in Europa*, *Il Sole 24 Ore*, consultabile sul sito de [Il Sole 24 Ore](#), 10 novembre 2021.

Tuttavia, sembra di poter sostenere che non esisterebbe un rischio di questo tipo per due serie di ragioni. In primo luogo, le piattaforme online avranno diritto a difendersi per cui l’Autorità Garante avrà modo di accertare la fondatezza o meno degli addebiti mossi ai conglomerati digitali⁵³. In secondo luogo, non può negarsi che la norma, oltre al precedente tedesco, risente delle novità che verranno introdotte dalla proposta di legge comunitaria sui mercati digitali. Difatti, l’articolo 29, nel dare la definizione di «*piattaforma digitale*», come intermediario ne mette in luce il suo «(...) ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori» rinviando chiaramente alla designazione di «*gatekeeper*» come un punto di accesso (*gateway*) privilegiato per consentire agli utenti commerciali di raggiungere gli utenti finali come previsto all’articolo 3, par. 1, lett. b) DMA. In entrambi le proposte italiana e comunitaria, viene messa in luce l’abilità dei *gatekeepers* di costituire barriere di accesso al mercato e stabilire chi può farne parte o meno.

L’esistenza di un rinnovato interesse per l’abuso di dipendenza economica trova inoltre conferma nella legislazione belga. Come gli illustri antecedenti, l’articolo I.6, 12bis del *Code de droit économique* ravvisa la sussistenza della dipendenza economica in tutte quelle situazioni di soggezione in cui un’impresa si trova quando è configurabile, citando testualmente, «*the absence of reasonable equivalent alternatives available within a reasonable time and under reasonable conditions and costs*». In un primo momento, la proposta di riforma è nata dalla necessità di tutelare tutte le piccole-medio imprese che, soprattutto nel settore agroalimentare, sperimentavano una situazione di assoggettamento ai gestori della grande distribuzione. Per tale ragione, a tutela degli piccoli e medi imprenditori, si è pensato di introdurre la fattispecie dell’abuso di dipendenza economica, al fine di colmare il vuoto normativo che tanto nella legislazione belga quanto in quella comunitaria avevano contribuito a creare, le quali prestando troppa attenzione all’abuso di posizione dominante, avevano finito per disinteressarsi completamente dello sfruttamento abusivo della dominanza relativa. Tuttavia, il legislatore belga è stato lungimirante in quanto, prestando attenzione alla sfida che i mercati digitali stanno lanciando al diritto della concorrenza, ha introdotto uno strumento che si presta ad applicato anche al settore della *digital economy* nella consapevolezza che la sua applicazione potrebbe avere effetti dirompenti in termini di limitazione sul *leveraging power* dei colossi del web.

Giova ricordare quali sono gli elementi di cui il legislatore belga è tenuto a considerare al fine di accertare la sussistenza dello stato di dipendenza economica, così come sono emersi nel dibattito in aula ed indicati all’interno del *memorandum* esplicativo della proposta di legge: a) la valutazione del *relative market power* del soggetto dominante; b) l’influenza significativa del dominante sul fatturato dell’impresa dipendente; c) la tecnologia e il *know-how* in possesso dell’impresa con potere di mercato superiore; d) la notorietà del *brand*, la scarsità del prodotto del fornitore sul mercato; e) l’accesso a risorse e ad un’infrastruttura essenziale; f) il timore di ritorsioni o di ingiustificato rottura dalle relazioni commerciali; g) sconti o promozioni

⁵³ P. FABBIO, *Abuso di dipendenza economica: non è una condanna a priori*, consultabile sul blog Lavoce.info, 23 novembre 2011.

concesse ad alcune imprese clienti o fornitrici in posizione di dipendenza, ma negate ad altre nella stesse condizioni contrattuali ed infine, b) la libera scelta dell'impresa di porsi in una situazione di soggezione in virtù dei vantaggi che l'impresa dominante è in grado di offrire⁵⁴.

Il criterio della libera scelta, espressione della libertà di contrarre, riveste particolare importanza ed è strettamente connesso all'evidenza secondo cui il mero stato di dipendenza economica non vale di per sé come illecito; per sanzionarlo, occorre il suo sfruttamento abusivo che si traduce nella facoltà per l'impresa dominante di imporre condizioni sfavorevoli che il dominato è obbligato ad accettare. Solo in quest'ultimo caso, infatti, può verificarsi un pregiudizio effettivo per la concorrenza ed una serie minaccia per l'efficienza del mercato⁵⁵. Dunque, l'abuso origina e radica in tutte quelle relazioni bilaterali di scambio in cui è rinvenibile agevolmente un'asimmetria di potere fra chi detta le condizioni e l'impresa cliente o fornitrice che, vista la posizione di debolezza economica in cui versa, non può far a meno di accogliere. Si rimane ingabbiati in una situazione che non consente di svincolarsi dalla prevaricazione esercitata dall'imprenditore dominante perché interrompere il rapporto contrattuale non gioverebbe proprio perché non sia hanno alternative significative alle quali rivolgersi⁵⁶.

Ragionando per ipotesi e tornando al caso Apple, se i negozianti al dettaglio avessero avuto a disposizione una società produttrice-distributrice di prodotti *hi-tech* equivalente per caratteristiche tecniche, economiche, notorietà del marchio e fidelizzazione dei clienti, alla società di Cupertino, non avrebbero mai accettato di concludere accordi che li lasciavano «*lack of room for manoeuvre*» a livello commerciale ed esposti a ritorsioni in caso di mancato rispetto dei termini contrattuali.

Gli esempi offerti dalle normative menzionate poc'anzi consentono, quindi, di concludere che, sebbene tale tipologia di abuso sia stata predisposta per il settore del commercio al dettaglio nell'ambito delle relazioni commerciali *business to business* (B2B) potrebbe ben applicarsi all'economia di piattaforma al fine di regolamentare anche le relazioni *platform to business* (P2B) ed impedire gli effetti del *leveraging power*⁵⁷. Non resta, dunque, che accertare, per le finalità che il presente lavoro si propone di raggiungere, in che termini siano configurabili la dipendenza economica e l'abuso dello stato di dipendenza nell'ambito dell'economia digitale.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ F. PROSPERI, *op.cit.*, pp.350-351.

⁵⁶ M. BAKHOUM, *Abuse without dominance in competition law: abuse of economic dependence and its interface with abuse of dominance*, in *Abusive Practices in Competition Law*, F. DI PORTO - R. PODSZUN (a cura di), 2018, pp.167-169.

⁵⁷ S. LEE - J. SCHIBLER, *Platform dependence and exploitation*, in [SSRN Electronic Journal](#), 2019, pp.17 ss.

2.1. Lo stato di dipendenza economica nei mercati digitali: questione di *switching costs* e *lock-in effect*

Nel mercato *data-driven* la dipendenza economica va accertata tenendo presenti gli *switching costs* e l'effetto *lock-in* che ne deriva, mentre lo sfruttamento abusivo di dipendenza economica si attua mediante il controllo sull'accesso ai dati che non solo costituisce una barriera all'ingresso per i nuovi entranti, ma anche lo strumento impiegato per attuare pratiche anticompetitive che consentono l'espansione verso nuovi settori del mercato digitale.

Ebbene, le grandi piattaforme digitali considerano i dati come un *input* indispensabile per concorrere e migliorare i servizi che offrono agli utenti commerciali ed ai consumatori e si interfacciano con essi secondo una dinamica circolare che si suole definire di *feedback loops*. Difatti, più sono completi e affidabili i dati raccolti sugli utenti dai *providers* più la piattaforma riesce a soddisfare le esigenze dei consumatori ed adattare i prodotti ai loro bisogni, fidelizzandoli a sè. Inoltre, più i consumatori sono «catturati» dai loro servizi e più le infrastrutture digitali saranno in grado di raccogliere sempre maggiori informazioni sui propri utenti ed, infine, migliorare le proprie *performance* in termini di servizi e prodotti⁵⁸. La relazione fra Big data e giganti del digitale è, dunque, alimentata da «circolo vizioso» con la finalità precipua di rendere gli utenti commerciali e/o finali dipendenti dall'ecosistema digitale.

Lo stato di dipendenza va accertato tenendo presente che un fattore chiave del processo competitivo dei mercati *data driven* sono gli *switching costs* cui è strettamente connesso l'impossibilità di *multi-homing* che ne costituisce una diretta conseguenza.

Il fenomeno dei «costi di cambiamento» è tutt'altro che sconosciuto ai mercati tradizionali ed è tipico di ogni stato di dipendenza economica. Comporta sia per i consumatori sia per le imprese dipendenti costi di commutazione ossia oneri aggiuntivi (da intendersi in tale contesto come disagio, sacrificio) da sostenere ogniqualevolta si intendesse passare ad un altro operatore economico digitale per ottenere lo stesso prodotto o servizio oppure uno del tutto nuovo⁵⁹. Si tratta, dunque, di limitazioni od ostacoli tecnici ed economici che impediscono ai consumatori ed agli utenti commerciali di cambiare piattaforma passando ad un'altra concorrente⁶⁰.

L'esistenza di *switching costs* da un lato rende meno appetibile la scelta di eventuali alternative sul mercato e dall'altro impone agli utenti di accollarsi ulteriori spese o addirittura, di rinunciare ai vantaggi di cui

⁵⁸ H. A. SHELANSKI, *Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet*, in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 161, 6, 2013, p.1680.

⁵⁹ B. MÄIHÄNIEMI, *Competition Law and Big Data*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2020, pp.160 ss.

⁶⁰ AGCM - AGCOM - GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Indagine Conoscitiva Sui Big Data*, 2020,p.72.

godono nella situazione di dipendenza, laddove decidessero di optare per un altro fornitore, pur se sul mercato la sua offerta risulta migliore per qualità e prezzo⁶¹.

Dunque, è dai costi di commutazione che deriva la «cattura» degli utenti all'interno dei servizi offerti da una sola piattaforma (c.d. effetto *lock-in*) ed il conseguente ostacolo al *multi-homing*. Quest'ultimo da intendersi come concreta possibilità di utilizzare attivamente una pluralità di piattaforme per ottenere lo stesso servizio riducendo anche i costi di commutazione⁶². Ad esempio, sarebbe certamente più conveniente per l'utente, possessore di un *device* Apple, poter effettuare il *download* di applicazioni anche da altri *store*, in tal modo non solo non sarebbe costretto ad abbandonare i benefici che derivano dall'uso di un sistema operativo iOS, ma non dovrebbe neppure sostenere spese ulteriori che deriverebbero dall'acquisto di dispositivi Android che, invece, consentono tale alternativa.

Un caso in cui il *multi-homing* diviene impraticabile per i consumatori riguarda i social networks. Nel caso in cui si volesse abbandonare Facebook, il costo in termini di opportunità perse sarebbe elevato perché si perderebbe la possibilità di mantenere i contatti che si sono costruiti nel tempo grazie all'intermediazione della piattaforma e difficilmente si riuscirebbe a trovare una comunità online in cui sarebbero presenti i medesimi contatti con i quali è possibile comunicare sulla prima.

Analizzando il fenomeno dalla prospettiva degli utenti commerciali, l'effetto non cambia. Lo ha dimostrato bene quello che è accaduto in Cina ad aprile 2021 quando l'Autorità di regolamentazione del mercato cinese (SAMR) ha sanzionato il gigante dell'*e-commerce* Alibaba, alterego di Amazon nel mercato cinese, per abuso di posizione dominante in quanto avrebbe impedito ai venditori-terzi registrati su Alibaba di vendere i loro prodotti in *marketplaces* concorrenti costringendoli, mediante la stipula di contratti di esclusiva, ad avvalersi, di fatto, della sola piattaforma *e-commerce* Alibaba per la vendita della propria merce; una pratica questa nota come «*choose one from two*»⁶³. In tal caso, la società di commercio elettronico cinese impedendo ai venditori di rivolgersi ad altre piattaforme *e-commerce* alternative ne ha ostacolato il *multi-homing* con l'obiettivo di divenire l'unico «portale» d'intermediazione nel contesto del commercio elettronico cinese e rendere sempre più dipendenti i venditori asiatici dalla sua piattaforma.

Andando ad indagare quali sono i meccanismi che impediscono al consumatore di liberarsi dalla dipendenza dei giganti del web, va tenuto conto di quanto è emerso dagli studi condotti nel contesto dell'economia comportamentale, i quali hanno provato che gli *switching costs* altro non sono che il risultato

⁶¹ C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1, 1999, pp. 21 ss., P. D. KLEMPERER, *Competition when consumers have switching costs: an overview with application to industrial organization, macroeconomics, and international trade*, in *Review of Economic Studies*, 62, 1995, pp.518-519.

⁶² D. EVANS - R. SCHMALENSEE, *Markets with Two-Sided Platforms*, in *Issues in Competition Law and Policy* 667, 2008, p.680; si veda anche in tal senso K.A.BAMBERGER, *Platform Market Power*, in *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 32, 1052, p.1089.

⁶³ S. CHI, *Alibaba: punishment and collaboration ant group: too big to fail and too connected to fail*, consultabile sul sito del Blog [Verfassungsblog](#), May 20, 2021.

del comportamento degli utenti. Difatti, è assai comune che gli utenti recepiscano le condizioni predefinite imposte dalle società digitali sui propri prodotti e servizi, come nel caso delle *apps* predefinite negli *smart devices*. Dopo il loro acquisto, difficilmente vengono rimosse per essere sostituite, con altre, magari di miglior qualità. Secondo la teoria dei *nudge*, sono scelte predefinite che diventano effettive quando l'utente non si attiva per cambiarle⁶⁴.

Si pensi, inoltre, al mercato della *online search engine* in cui, di solito, si tende ad usare il *browser* impostato come predefinito piuttosto che sceglierne uno alternativo, anche se potrebbe offrire risultati di ricerca più adatti alla *query* presentata⁶⁵ e scorrere fra i primi risultati, tralasciando quelli delle pagine successive⁶⁶. Pertanto, optando per il mantenimento delle impostazioni predefinite dalle *big tech companies* si finisce per cedere ad esse il c.d. *power of default* ossia il potere della scelta predefinita che costringe l'utente a rimanere nello *status quo* creato *ad hoc* dal *gatekeeper* piuttosto che cambiare e rivolgersi ad altre alternative.

Questo atteggiamento mette in luce come l'utente e, nello specifico, il consumatore dell'era digitale non può essere più identificato nel concetto fondamentale della teoria economica classica di *homo economicus* secondo cui l'uomo agirebbe con razionalità e sarebbe capace di ottenere la massimizzazione del proprio benessere con il minor costo possibile⁶⁷. Il rapporto dei consumatori con le grandi piattaforme evidenzia tutta la loro debolezza innanzi alla promessa di una gratificazione immediata, costruita appositamente sfruttando i suoi *bias* comportamentali⁶⁸.

I *big tech* hanno compreso il valore economico che l'esperienza umana è in grado di produrre. Tracciare le azioni degli utenti sulla rete e trasformarle in dati costituisce una fonte inesauribile di profitto in quanto, come sostenuto da Calo «Using this compiled and stored information, firms can then run complex algorithms to convert mere behavior into insight (and value)⁶⁹». Le informazioni processate dagli algoritmi acquistano valore quando vengono sfruttate per proporre offerte personalizzate e consentire forme di pubblicità comportamentale (*behavioural advertising*) praticate mediante profilazione automatizzata allo scopo di attrarre gli inserzionisti ai quali vendere spazi pubblicitari⁷⁰. L'intenzione è «intrappolare» il consumatore e mostrargli, in base alle aspettative ed i suoi desideri, esattamente quanto vorrebbe acquistare, ciononostante la fonte del suo

⁶⁴ E. GERMANI, *Hypernudging: gli algoritmi ci danno una «spinta gentile»?* consultabile sul sito del Blog [Economia Comportamentale](#), (ultimo accesso: 26 novembre 2021).

⁶⁵ B. MÄIHÄNIEMI, *op.cit.*, pp.168-169.

⁶⁶ STIGLER COMMITTEE FOR THE STUDY OF THE DIGITAL PLATFORM MARKET STRUCTURE AND ANTITRUST SUBCOMMITTEE, *op.cit.*, p.42.

⁶⁷ M. E. STUCKE - A.EZRACHI, *Competition Overdose*, HarperCollins, New York, 2021, pp.71-74.

⁶⁸ *Ibid.*; sul punto si veda anche G. MALGIERI, *Manipolazione commerciale e privacy mentale all'ombra del GDPR*, A. MANTELETO, D. POLETTI, (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali: un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa, Pisa University Press, 2018, pp. 363-364; S. IACOBUCCI, *Nudge: la spinta gentile*, consultabile sul Blog [Economia Comportamentale](#), 23 novembre 2021. L'Autrice parla di *bias* cognitivi ossia di errori sistematici in cui il nostro cervello incorre in continuazione.

⁶⁹ R. CALO, *Digital Market Manipulation*, in *George Washington Law Review*, 82, 4, 2014, p.1004.

⁷⁰ G. MALGIERI, *op.cit.*, pp.349-355.

appagamento sia la visualizzazione di pubblicità comportamentale che ha effetti manipolativi in grado di influenzare la sua libertà di scelta all'atto dell'acquisto online.⁷¹

Dunque, per mezzo dell' «esproprio digitale⁷²» dei dati, dello sfruttamento dei *bias* comportamentali degli *users*, della manipolazione commerciale, le grandi piattaforme hanno potuto da un lato rafforzare l'effetto *lock-in* e dall'altro raggiungere una posizione di superiorità, di asimmetria informativa rispetto agli utenti da sfruttare a proprio vantaggio⁷³. Difatti, mentre fanno tutto degli *users*, questi ultimi conoscono a malapena il modo in cui gli algoritmi processano internamente i dati⁷⁴. Con riguardo a questa sorta di «vuoto di conoscenza», si è coniato il termine scatola nera (*black box*) con cui si allude al fatto che ad oggi non è dato sapere quali siano i meccanismi interni di funzionamento ed elaborazione dei dati di questi agenti intelligenti⁷⁵. La *black box* degli algoritmi costituisce, quindi, il vero e proprio vaso di pandora della *platform economy* che le società digitali non hanno certamente interesse ad aprire⁷⁶.

2.2. Lo sfruttamento abusivo dello stato di dipendenza economica: il potere contrattuale fra *substantial market power* e *relative market power*

Appurato che fra utenti commerciali e grandi piattaforme esiste una situazione di dipendenza economica, non resta che verificare come i guardiani del mercato, per dirla nei termini del DMA, siano capaci di sfruttare abusivamente tale rapporto.

Innanzitutto, va escluso che si tratti sempre di abuso di posizione dominante. Per verificare se il potere esercitato sulla parte debole del rapporto costituisca un'ipotesi di abuso di posizione dominante o di dipendenza economica è necessario accertare il tipo di potere che l'impresa dominante è in grado di esercitare, valutando se si tratti nel primo caso di *substantial bargaining power* o nel secondo di *relative market power*. Mentre il primo è legato alla definizione di posizione dominante di cui all'articolo 102 TFUE, il secondo riguarda lo stato di dipendenza economica.

⁷¹ I. GRAEF - S.Y.WAHYNINGTYAS - P. VALCKE, *Assessing Access Problems in Online Media Platforms*, 24th ITS Regional Conference Florence, Italy, 24-27 Ottobre 2013, 2013, pp.6 ss.

⁷² S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, London, Profile Books Ltd, 2019, trad. it., *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, Luiss University Press, 2019, p.110

⁷³ M. SCHALLBRUCH - H.SCHWEITZER, A. WAMBACH, *et al.*, *A new competition framework for the digital economy*, cit., 15; O. BAMBERGER - K. A.LOBEL, *Platform Market Power*, in *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 95, 2, 2013, pp.1085-1086.

⁷⁴ S. ZUBOFF, *cit.*, pp.21-22.

⁷⁵ D'ACQUISTO GIUSEPPE, *Intelligenza artificiale. Elementi*, Torino, Giappichelli, 2021, pp.125-129.

⁷⁶ L. AMMANNATI, *I 'Signori' nell'era dell'algoritmo*, cit. 395; L'Autrice mette in evidenza come la combinazione fra *big data* e algoritmi «rafforza l'asimmetria informativa dal lato degli utenti» in quanto non solo non hanno la consapevolezza dei loro diritti sui dati, ma non hanno neanche consapevolezza circa il funzionamento degli algoritmi e dei *bias* che gli stessi sono in grado di generare; F. GIANNOTTI - D. PEDRESCHI, «*Explainable AI*»: *aprire le scatole nere per una intelligenza artificiale umana*, in *Rivista Italiana di Intelligence*, 2, 2019, pp. 38-39, M. GROCHOWSKI - A. JABLŁONOWSKA - F. LAGIOLA - G. SARTOR, *op.cit.*, p.48.

L'esistenza di diversi gradi di *market power* non costituisce una novità nel contesto del diritto antitrust visto che la stessa Commissione Europea invita a fare questo tipo di distinzione nel caso *Intel*⁷⁷; precisando, come sia indice di posizione dominante, la detenzione da parte dell'impresa di un potere di mercato significativo: «*However, for dominance to exist, the undertaking concerned must have substantial market power*⁷⁸».

Il *relative market power* non richiede come presupposto la capacità «di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori» e «di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza»⁷⁹, ma un'asimmetria di potere contrattuale fra chi detta le condizioni e l'impresa cliente o fornitrice che è costretta ad accettarle a causa della mancanza di *partners* alternativi ai quali rivolgersi⁸⁰.

Nel contesto della *data driven-economy*, il *relative market power* si ravvisa in ogni situazione in cui gli ecosistemi digitali, pur non essendo in una posizione di dominanza in un dato settore del mercato, nella maggior parte dei casi diverso da quello della propria *core business* iniziale, adottano strategie commerciali anticoncorrenziali che consentono loro di rendere sempre più dipendenti gli utenti commerciali dalla propria piattaforma online mediante il controllo sull'accesso ai dati. Si rifletta sulla dinamica *feedback loops* che trova chiara esemplificazione nel sistema che i nuovi operatori economici della rete hanno predisposto per finanziare le proprie attività.

È il c.d. sistema di *real time bidding* (RTB) praticato dai GAFAM per sostenere economicamente i propri modelli di business e che è stato illustrato perfettamente dall'AGCM nel provvedimento di avvio dell'istruttoria nei riguardi Google ad ottobre 2020. L'indagine italiana in cui è stato contestato l'uso discriminatorio dei dati per l'elaborazione delle campagne pubblicitarie di *display advertising*, raccolti attraverso le proprie applicazioni va ad aggiungersi a quella precedente avviata dalla Commissione Europea sempre nei confronti di Google. In tal caso, la società americana è stata condannata per aver impedito ai suoi *competitors* diretti - Microsoft e Yahoo - di vendere, come intermediari, spazi di pubblicità nelle pagine di ricerca di proprietà di Google ai proprietari dei siti terzi (c.d. *publishers*) e, dunque, per abuso di posizione dominante nel mercato dell'intermediazione pubblicitaria online⁸¹. È interessante

⁷⁷COMMISSIONE EUROPEA, 13 maggio 2009, Caso COMP/C-3 /37.990, *Intel*, consultabile sul sito della [Commissione Europea](#), (ultimo accesso: 2 novembre 2021 maggio 2021), p.837. Nel 2009, la Commissione Europea ha imposto una multa di Euro 1,06 miliardi ad *Intel Corporation* per aver abusato della posizione dominante detenuta nel mercato dei *chip* per computer, denominati CPU x86 ed aver escluso per il tramite di pratiche illegali i concorrenti dallo stesso.

⁷⁸ *Ibid.*, pp.837-839

⁷⁹ Corte di Giustizia, 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG contro Commissione delle Comunità europee*, Caso 85/76, consultabile sul sito della [Corte di Giustizia dell'Unione Europea](#), ECLI:EU:C:1979:36, par. 39, (ultimo accesso: 2 novembre 2021 maggio 2021).

⁸⁰ M. BAKHOUM, *op.cit.*, p.172.

⁸¹COMMISSIONE EUROPEA, 20 marzo 2019, Caso AT.40411, *Google Search (AdSense)*, C(2019) 2173 final, <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40411/40411_1619_11.pdf>, (ultimo accesso: 10 ottobre 2021).

notare come la decisione della Commissione Europea metta in luce in maniera esemplificativa che la monopolizzazione del mercato dell'intermediazione pubblicitaria sia stata raggiunta dalla società di *Mountain View* combinando insieme - in modo ad dir poco micidiale per la concorrenza in questo settore - tre dei suoi prodotti di punta: il motore di ricerca «*Google Search*», la piattaforma di pubblicità online collegata ai risultati di ricerca basata su un sistema ad asta «*Google Adwords*» (anche detta «*Google Ads*») ed, infine, la piattaforma di intermediazione pubblicitaria online «*Google AdSense*»⁸².

Più nel dettaglio, l'RTB è un protocollo virtuale che per mezzo di aste programmate, perfeziona la compravendita di spazi pubblicitari in tempo reale tramite le suddette piattaforme automatizzate che operano come intermediari fra acquirenti-inserzionisti e venditori-editori di spazi di pubblicità sul web. Nello specifico, ogni volta che l'internauta effettua una ricerca per il tramite di «*Google Search*» o accede ad una pagina web con spazi pubblicitari disponibili nel mercato virtuale dello scambio fra domanda ed offerta di annunci pubblicitari (*ad exchange*), si svolge un'asta. L'editore proprietario della pagina (c.d. *publisher* ovvero colui che si iscrive a «*Google AdSense*») avverte, mediante piattaforma *Supply Side Platform* (agenti di vendita), gli inserzionisti al fine di permettere loro di presentare un'offerta di annuncio per il tramite della piattaforma *Demand Side Platform* (agenti di acquisto), sulla base delle informazioni trasmesse dall'editore sull'utente che ha effettuato l'accesso al sito internet⁸³.

È nel sistema d'asta che emerge il ruolo giocato da Google come intermediario. Difatti, la piattaforma *Google AdSense* consente ai *publishers* di inserire annunci pubblicitari all'interno di siti di loro proprietà, mentre la piattaforma *Google AdWords*, cui il primo servizio è collegato, gestisce gli annunci degli inserzionisti e stabilisce quali siano idonei ad essere pubblicizzati. La scelta ed il posizionamento dei *banners* pubblicitari è determinato da *Google Ads* mediante un apposito algoritmo⁸⁴.

Per creare un complesso sistema d'asta come quello descritto poc'anzi con cui vengono mostrati solo annunci contestualizzati all'argomento ricercato dall'utente e personalizzati in base alle sue preferenze, occorre allenare l'algoritmo con un'immensa mole di dati o di risultati di ricerca che solo un gigante come Google nel settore della ricerca online poteva avere a disposizione. Si consideri che per accedere ai servizi offerti dal motore di ricerca (Gmail, Street View su Google Maps, Google Chrome, Google Drive, sistema operativo operativo Android), l'utente è tenuto a registrarsi fornendo così molti dei suoi dati personali. Quindi, l'ID utente Google, una volta creato, consente di identificare l'utente ed apre la strada alla sua profilazione. Ogniqualvolta verrà usato un servizio Google, l'ecosistema sarà in grado di sapere per ognuno degli utenti esattamente quali parole chiave sono state ricercate, quali siti sono visitati e quante

⁸² COMMISSIONE EUROPEA, 20 marzo 2019, Caso AT.40411, *Google Search (AdSense)*, par. 11.

⁸³ È il fenomeno della c.d. «*customisation*» ossia la personalizzazione dei prodotti e dei servizi offerti che viene realizzata tenendo traccia e sfruttando sapientemente le preferenze degli internauti. Si veda in tal senso N. ZINGALES, *Product market definition in online search and advertising*, in *SSRN Electronic Journal*, Vol. 9, n.1, 2013, p.40.

⁸⁴ COMMISSIONE EUROPEA, 20 marzo 2019, Caso AT.40411, *Google Search (AdSense)*, parr. 16-23.

volte è stata aperta quella pagina. Le informazioni vengono raccolte oltre che con la registrazione ai servizi Google, anche per mezzo dei *tags*⁸⁵ gestiti mediante il software *Google Tag Manager*, strumento gratuito di tracciamento con cui è possibile tracciare le interazioni di ogni utente con il sito internet⁸⁶.

La potenza di tale *tool* però si spinge oltre, visto che permette agli inserzionisti di analizzare anche il comportamento dell'utente quando visualizza un annuncio pubblicitario, verificare se il *banner* pubblicitario lo ha colpito ed ha poi deciso di visitare il sito perfezionando l'acquisto o meno⁸⁷.

In tema di strumenti di tracciamento della navigazione online dell'utente, si segnalano i recenti provvedimenti con cui in Francia la *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* (CNIL), equivalente del Garante Italiano per la protezione dei dati personali ha sanzionato con multe di svariati milioni di Euro gli ecosistemi digitali Google e Facebook perché «ha scoperto che i siti facebook.com, google.fr e youtube.com non permettono di rifiutare i *cookies* altrettanto semplicemente come quando l'utente sceglie di accettarli»⁸⁸. Una strategia commerciale di fondamentale importanza per le due società che dalla pubblicità online traggono la stragrande maggioranza dei loro profitti pur se viene realizzata in violazione della vigente normativa in tema di privacy. Basti tener presente quanto è stato stabilito al Considerando 42 del Regolamento UE 2016/679 il quale prevede espressamente che «Il consenso non dovrebbe essere considerato liberamente prestato se l'interessato non è in grado di operare una scelta autenticamente libera o è nell'impossibilità di rifiutare o revocare il consenso senza subire pregiudizio». In considerazione di ciò, l'utente dovrebbe essere in grado di rifiutare il consenso al tracciamento della propria navigazione sulla rete con lo stesso grado di facilità con cui riesce ad accettarlo.

Nei casi sottoposti all'esame dell'CNIL, invece, si è dimostrato che è richiesto un solo *click* per accettare i *cookies*, mentre servirebbero diversi *click* per rifiutarli. È chiaro che il rendere più difficoltoso rifiutare i mercatori temporanei, induce l'utente ad accettarli perché si tratta della scelta più immediata e meno dispendiosa, seppur a costo di condizionare il consenso dell'utente. È evidente che l'interesse delle società digitali sia impedire l'accesso a tali informazioni da parte dei concorrenti che non dispongono dello stesso *know-how* ed i mezzi economici per investire nello sviluppo di tecnologie così sofisticate per raggiungere

⁸⁵ Si tratta di codici inseriti nelle pagine web che consentono di tracciare gli utenti che hanno visitato le pagine.

⁸⁶ Si tratta dei cosiddetti «*behavioral data*», ossia informazioni raccolte per il tramite di sistemi di tracciamento, come i *cookies* (marcatori temporanei) che compaiono in forma di stringhe di testo al fine di consentire il monitoraggio del comportamento dell'utente nella pagina web. Ad esempio, acquisendo informazioni sul numero di volte che effettua l'accesso ad un sito, con quale frequenza effettua acquisti online, quali sono i prodotti o le notizie che ha cercato. A tal riguardo, cfr. il Considerando 30 del Regolamento UE 2016/679 ed inoltre cfr. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Linee guida cookie e altri strumenti di tracciamento*, consultabile sul sito del [Garante per la protezione dei dati personali](#), 10 giugno 2021, p.4, (ultimo accesso 25 gennaio 2022).

⁸⁷ I. GRAEF - S.Y. WAHYNINGTYAS - V. PEGGY, *Assessing access problems in online media platforms*, 24th ITS Regional Conference Florence 24-27 Octobre 2013, 2013, p.6.

⁸⁸ COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS (CNIL), *Cookies: the CNIL fines GOOGLE a total of 150 million euros and FACEBOOK 60 million euros for non-compliance with French legislation*, consultabile sul sito del [CNIL](#), 6 gennaio 2022, (ultimo accesso: 26 gennaio 2022).

lo stesso vantaggio competitivo⁸⁹. Come ricorda l'AGCM nel suo provvedimento istruttorio, la condotta di Google nel settore della pubblicità non è riproducibile in quanto è il solo « (...) in grado di acquisire dati da diverse fonti non replicabili e associare il comportamento dell'utente all'interno del Sistema Google e quello all'esterno di esso»⁹⁰.

Leggendo il fenomeno dalla prospettiva dei colossi del web, tale condotta sarebbe giustificabile in quanto non voler condividere con i concorrenti quella che può ben definirsi la fonte principale della propria esistenza digitale, sembrerebbe legittimo, ma dalla prospettiva dei rivali vuol dire impedire ai secondi di «combattere» ad armi pari contro i primi⁹¹. Ragionando per ipotesi, laddove una piccola e media impresa riuscisse ad investire in sistemi di *machine learning*, non avrebbe comunque la quantità di dati necessaria per allenare gli algoritmi alla pari di Google, Facebook o altri giganti dei mercati digitali. Di conseguenza, è emerso sempre con più importanza fra le Autorità Antitrust europee ed extra-europee la necessità di imporre ai GAFAM un obbligo di condivisione dei dati di modo da rendere accessibili ai loro concorrenti tali informazioni⁹². È il cosiddetto *data sharing obligation* di cui si è avuta la prima introduzione a seguito della riforma del *German Competition Act*. Al tal riguardo, la novità più importante è stata introdotta all'articolo 20(1a) GWB che, in combinato disposto con l'articolo 20(1) GWB, riconosce l'ipotesi di dipendenza basata sull'accesso ai dati che riguarda i rapporti fra piattaforme online-intermediari e le imprese che aderiscono al mercato a due versanti⁹³.

Vi è di più. Alla novità normativa introdotta in Germania si accompagna in modo speculare la recente Proposta di Regolamento UE «DMA» che non prevede un diritto di accesso assoluto alle informazioni raccolte, ma ritiene opportuno che i «guardiani dei mercati» consentano agli utenti commerciali, previa loro richiesta, di avere accesso libero e gratuito ai dati in un formato che interoperabile. La proposta si limita ad imporre tre obblighi previsti all'articolo 6 del DMA che fanno da contraltare alle pratiche escludenti messe in atto nei mercati digitali per falsare la concorrenza.

⁸⁹ N. ZINGALES, *Product market definition in online search and advertising*, *op.cit.*, p.40 ss; STIGLER COMMITTEE FOR THE STUDY OF THE DIGITAL PLATFORM MARKET STRUCTURE AND ANTITRUST SUBCOMMITTEE, *Stigler Committee for the Study of the Digital Platform Market Structure and Antitrust Subcommittee Report*, July 2019, p.21.

⁹⁰ AGCM, A542, *GOOGLE LLC/ Advertising Bureau Italia ("LAB")*, testo consultabile sul sito dell'[AGCM](#), par. 79.

⁹¹ G. ORLANDO - S. CAPALDO (a cura di), *Annuario 2021: Osservatorio Giuridico Sulla Innovazione Digitale*, consultabile sul sito della casa editrice [Sapienza Università Editrice](#), 2021, pp. 333-334.

⁹² AUSTRALIAN COMPETITION and CONSUMER COMMISSION (ACCC), *Digital platforms inquiry final report*, testo è consultabile sul sito dell' [ACCC](#), June 2019, p.8; J. FURMAN *et. al.*, *Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*, testo consultabile sul sito del [Governo inglese](#), March 2019, pp.74 ss.; M. SCHALLBRUCH, H.SCHWEITZER, A. WAMBACH, *et al.*, *op.cit.*, p.37; 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)*, testo consultabile sul sito [Eu Law Eur-Lex](#), Bruxelles, 15 dicembre 2020, par. 55.

⁹³ Articolo 20(1a), GWB, aggiornato alla decima novella del 18 gennaio 2021, disponibile in <https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2021/01/GWB-2021-01-14-engl.pdf>, (ultimo accesso 29 maggio 2021); R.A. JACCHIA - M. STILLO, *Antitrust e Big Tech. La Germania vara la decima modifica del GWB confermandosi all'avanguardia nel governo dell'economia digitale*, consultabile sul sito [Lexology](#), 4 febbraio 2021, p.2

Dunque, il primo obbligo trova enunciazione alla lett. g) del suddetto articolo ed impone al *gatekeeper* di fornire «agli inserzionisti ed editori, su loro richiesta e a titolo gratuito, l'accesso ai propri strumenti di misurazione delle prestazioni e le informazioni necessarie agli inserzionisti e agli editori affinché possano effettuare una verifica indipendente dell'offerta di spazio pubblicitario». Tale disposizione si adatta perfettamente al procedimento istruttorio incardinato dall'Antitrust Italiana nei confronti di Google che, abusando della propria posizione dominante nel mercato della pubblicità online, ha rifiutato di fornire agli inserzionisti le chiavi di decriptazione dell'ID Google ed ha escluso la possibilità di tracciamento dei *pixel* di terze parti⁹⁴. Si tratta, dunque, di un obbligo che spinge i *gatekeepers*, in particolare quelli dominanti nella *online search engine*, «a fornire un accesso ai dati relativi a posizionamento, ricerca, click e visualizzazione in relazione alle ricerche gratuite e a pagamento generate dai consumatori sui servizi di motore di ricerca online ad altri fornitori di tali servizi affinché questi ultimi possano ottimizzare i loro servizi e contendere i pertinenti servizi di piattaforma di base⁹⁵».

Il secondo obbligo enunciato alla lett. i) si riferisce alle informazioni che è possibile reperire dagli stessi utenti sia commerciali sia finali⁹⁶. La disposizione stabilisce citando testualmente che i guardiani dei mercati devono fornire «a titolo gratuito agli utenti commerciali, o a terzi autorizzati da un utente commerciale, un accesso efficace, di elevata qualità, continuo e in tempo reale a dati aggregati e non aggregati⁹⁷».

La norma, quindi, presuppone un divieto per il *gatekeeper* di avvalersi di restrizioni contrattuali mediante le quali impedire l'accesso degli utenti commerciali ai dati pertinenti e dovrebbe consentire agli stessi di ottenere il consenso dei loro utenti finali per tale accesso e per il relativo reperimento⁹⁸.

Infine, l'ultimo obbligo connesso al *data sharing* trova enunciazione alle lett. j) che impone al *gatekeeper* dei motori di ricerca online di garantire ai fornitori di motori di ricerca terzi l'accesso «a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie a dati relativi a posizionamento, ricerca, *click* e visualizzazione per quanto concerne le ricerche gratuite e a pagamento generate dagli utenti finali» sul *browser* del guardiano del mercato, purchè si proceda previamente all'«anonimizzazione dei dati relativi a ricerca, click e

⁹⁴ Il *pixel tracking* consiste in una minuscola immagine, di un solo *pixel*, che viene inserita nei messaggi di posta elettronica, così come nei siti web e nei *social network*, progettata per essere mimetizzata nel colore o in altri elementi grafici e si scarica al momento dell'apertura del messaggio. Ha la funzione primaria di far conoscere alle società che lo utilizzano la diffusione delle comunicazioni relative a campagne pubblicitarie o alla promozione di un prodotto o servizio. Nel corso del processo di tracciamento vengono registrate una serie di informazioni relative all'utente, senza questi ne sia informato.

⁹⁵ 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)*, parr. 56.

⁹⁶ P. MANZINI, *op.cit.*, p.54.

⁹⁷ Articolo 6, lett. i) del DMA.

⁹⁸ 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. 55 ss.

visualizzazione che costituiscono dati personali⁹⁹». Anche in tal caso, la proposta mira ad impedire le condotte escludenti messe in atto dalle piattaforme online e, nello specifico, dai gestori di motori di ricerca come Google che non solo sono in grado di raccogliere informazioni dalle ricerche effettuate all'interno del *browser* di loro proprietà, ma anche dalle ricerche compiute sulle piattaforme dei loro *partners* commerciali.

In caso di approvazione della proposta, l'obbligo di *data sharing* favorirebbe la competitività nei mercati digitali perché i rivali delle grandi piattaforme avrebbero accesso ad un *asset* dal valore strategico e potrebbero operare al loro stesso livello, rendendo il mercato maggiormente contendibile; i consumatori, invece, si vedrebbero garantita la possibilità di rivolgersi a *partners* commerciali alternativi.

Mediante il controllo esclusivo dei dati, si attuano condotte discriminatorie come il *self-preferencing* che consente alla piattaforma digitale di favorire i propri prodotti o servizi, a discapito di quelli dei concorrenti che si avvalgono del medesimo spazio virtuale per vendere i propri prodotti ed offrire servizi in concorrenza diretta con quelli della prima, tramite l'uso di sofisticati algoritmi che manipolano il posizionamento dei risultati di ricerca predisposto dai sistemi di *rankings*¹⁰⁰.

Si pensi all'*e-commerce* Amazon divenuta un'infrastruttura essenziale per competere nel mercato del commercio elettronico. Da un lato, oltre ad essere una «vetrina virtuale» per venditori-terzi che vi si iscrivono con la finalità di avere accesso ad un portafoglio di consumatori distribuiti globalmente che quasi nessun'altra piattaforma online è in grado di offrire, dall'altro vende anche prodotti con il proprio logo, noti come *Amazon Basics*¹⁰¹.

In questa pratica commerciale illecita, è possibile ravvisare chiaramente il *leveraging power* mediante cui i conglomerati riescono ad estendere la loro posizione di forza nei mercati collegato a quello in cui sono dominanti.

A tal riguardo, il 9 dicembre 2021 AGCM ha sanzionato Amazon per abuso di posizione dominante, condannandola a pagare oltre 1 miliardo di euro, perché pur non detenendo una posizione dominante nel mercato dei servizi della logistica, ha sfruttato a proprio vantaggio la posizione di superdominanza nel *marketplace*, per favorire illecitamente il suo servizio di logistica denominato «*Fulfillment by Amazon*», a discapito di quelli concorrenti. Il trattamento preferenziale è stato attuato legando l'utilizzo del servizio di logistica di Amazon ad un insieme di vantaggi esclusivi che consentirebbero maggiore visibilità e migliori prospettive di vendita sulla piattaforma unicamente ai venditori terzi aderenti ad Amazon FBA¹⁰².

⁹⁹ Articolo 6, lett. j) del DMA.

¹⁰⁰ A. LICASTRO, *Il self-preferencing come illecito antitrust?* in *Il Diritto dell'Economia*, 2, 2021, pp.401-405. Il termine «*ranking*» si riferisce alla posizione dei risultati nella classifica dei motori di ricerca.

¹⁰¹ A. LICASTRO, *Platform Economy: sei proposte di legge antitrust per fermare lo strapotere dei Big Tech*, cit., p.2.

¹⁰² Fra i vantaggi consentire ai venditori FBA di: a) ottenere l'etichetta *Prime* al fine di vendere con più facilità ai consumatori aderenti all'omonimo programma *Amazon Prime*; b) guadagnare la *Buy Box* rappresenta, invece, il riquadro

Sembra di poter dire che il *relative market power* viene esercitato in un settore del mercato in cui la società ancora non ha raggiunto la *leadership* di mercato. Tuttavia, sfruttando il potere dominante detenuto nel mercato a monte per costringere le proprie controparti commerciale ad aderire a FBA, Amazon starebbe tentando di monopolizzare anche il mercato della logistica¹⁰³. La decisione non si è spinta sino a questo punto, ma l'effetto *lock-in* e gli *switching costs* che i venditori FBA sono costretti a subire, oltre che la mancanza di alternative equivalenti al *marketplace* americano, potrebbero avvallare la tesi secondo cui l'applicazione dell'abuso di dipendenza economica costituirebbe un valido strumento a supporto dell'Autorità nel cercare di porre un freno allo sfruttamento abusivo del potere di mercato relativo.

Un'ulteriore strategia anticompetitiva messa in atto dagli ecosistemi digitali e che può essere considerata una forma di abuso di dipendenza economica consiste nell'imporre unilateralmente condizioni sfavorevoli ai propri *partners* commerciali, i quali si trovano dinanzi al bivio «*take it or leave it these terms*¹⁰⁴». Una condotta di questo tipo è stata al centro del processo che negli Stati Uniti ha visto contrapposte l'azienda di *gaming* Epic Games ed Apple¹⁰⁵.

Brevemente, la società americana, produttrice del famosissimo videogioco *Fortnite* aveva accusato l'ecosistema digitale di aver abusato della posizione di monopolio detenuta nel mercato di distribuzione delle *apps* ed aver imposto nell'App Store Apple restrizioni tecniche e contrattuali che impedivano agli sviluppatori indipendenti di distribuire le applicazioni in modo diverso da quello concordato.

La società amministrata da Tim Cook, a differenza di Google, non consente di scaricare *apps* su iPad o iPhone da *store* diversi da quello di proprietà della stessa Apple.

Le applicazioni che sono ammesse nello *store* devono consentire che gli acquisti di funzionalità aggiuntive vengano perfezionati «*in app*¹⁰⁶» usando esclusivamente il sistema di pagamento predisposto da Apple che

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; sul punto AGCM, A528, *FBA AMAZON*, consultabile sul sito [AGCM](#), *Provvedimento n. 29925*, in *Bollettino* n.49 del 13 dicembre 2021; A.LICASTRO, *Chi di self-preferencing ferisce, di self-preferencing perisce: così l'AGCM ha condannato Amazon per abuso di posizione dominante*, consultabile sul Blog della Collana [Orizzonti del diritto pubblico](#), 29 dicembre 2021, p.2, (ultimo accesso: 4 gennaio 2022).

¹⁰³ A. LICASTRO, *Il self-preferencing come illecito antitrust?*, *cit.*, p.426.

¹⁰⁴ AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, *op.cit.*, p.397.

¹⁰⁵ A. ROBERTSON, *A comprehensive breakdown of the Epic v. Apple ruling*, consultabile sul sito del [The Verge](#), 12 settembre 2021, (ultimo accesso: 7 novembre 2021). Si fa presente che il processo si è concluso a settembre 2021. Da dicembre 2021, Apple deve consentire agli sviluppatori di collegarsi a metodi di pagamento esterni per la vendita di funzioni aggiuntive nelle *apps*. Nel frattempo, Apple ha deciso di impedire a tempo indeterminato il ritorno di *Fortnite* sull'App Store, almeno sino a che l'appello proposto da Apple avverso la sentenza e quello presentato da Epic Games volto ad ottenere la riforma della stessa non saranno definitivamente decisi. Sul punto cfr. B. SIMONETTA, *Usa, giudice contro Apple: deve consentire modalità di pagamento esterne su App Store*, *Il Sole 24 Ore*, consultabile sul sito [Il Sole 24 Ore](#), 10 settembre 2021, (ultimo accesso: 7 novembre 2021).

¹⁰⁶ Si precisa che l'intero mercato delle applicazioni per videogiochi si finanzia con i profitti degli acquisti fatti in *app* ossia effettuati all'interno dello store dagli utenti. Infatti, le applicazioni come *Fortnite* sono gratuite, ma consentono di utilizzare tante funzioni aggiuntive che sono a pagamento e possono essere acquistate solo mediante pagamenti *in-app* su iOS.

trattiene, così, una percentuale del 30% su tutte le transazioni concluse fra gli sviluppatori delle applicazioni e gli utenti finali che acquistano all'interno dell'App Store¹⁰⁷.

Questo modello di business è piuttosto remunerativo per Apple, ma risulta sconveniente per gli sviluppatori delle *app*, obbligati a cedere un terzo dei propri ricavi alla piattaforma, mentre le *apps* a marchio Apple, come Apple Music, non perdono questo introito. La disparità di trattamento ha indotto Epic Games ad introdurre un suo sistema di pagamento. Una mossa che Apple ha percepito come un reato di lesa maestà e l'ha spinto ad escludere *Fortnite* dai propri negozi di *app* per violazione dei termini contrattuali pattuiti all'atto dell'ammissione nello *store*.

Il giudice Yvonne Gonzalez Rogers cui è stato il compito di decidere il caso ha concluso che Apple non ha il monopolio del mercato del *gaming* online su *smart devices*, nonostante detenga in tale settore un potere di mercato notevole con quote di *market share* che oscillano fra il 52% ed il 57%. È interessante notare che la motivazione del giudice mette in evidenza come sia estremamente difficile per le Autorità antitrust dimostrare l'esistenza di un abuso di posizione dominante in mercati collegati a quelli in cui l'ecosistema digitale svolge principalmente la propria attività economiche. La ragione di tale difficoltà sta nel fatto che le categorie che il diritto della concorrenza è solito utilizzare per l'accertamento della sussistenza di situazioni di monopolio (primo fra tutti la quota di azioni possedute nel mercato rilevante) non sono idonee a spiegare le strategie commerciali che le *big tech companies* usano per danneggiare consumatori e piccole imprese. Difatti, nel caso Epic Games, il giudice ha constatato sì che «(...) *the Court cannot conclude that Apple's market power reaches the status of monopoly power in the mobile gaming market*», ma ha anche dovuto precisare che il potere in mano ad Apple «*is near the precipice of substantial market power, or monopoly power, with its considerable market share*¹⁰⁸». La Corte Federale sta, dunque, ammettendo che il conglomerato americano si trova in una posizione molto vicina a quella di monopolio, ai confini fra il *relative* e *substantial market power*. La circostanza che il mero *relative market power* non consenta di provare l'esistenza di un monopolio, impedisce di sanzionare molte delle condotte anticompetitive delle *big tech companies*.

Per questa ragione, sarebbe importante riscoprire a livello legislativo la fattispecie dell'abuso di dipendenza economica laddove la soglia di potere detenuto nel mercato da dominare non superi quella del potere di mercato significativo, ma solo relativo. Si tratterebbe di fornire un valido aiuto per le Autorità della Concorrenza al fine di arginare la capacità di *leveraging* che consente ai colossi del web di ampliare i confini del proprio potere economico detenuto nel mercato principale (*upstream market*) ed esercitarlo anche in quelli secondari (*downstream market*), sempre con la volontà di monopolizzarli¹⁰⁹.

¹⁰⁷ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY, *op.cit.*, p.339.

¹⁰⁸ DISTRICT COURT NORTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA, *Epic Games v. Apple*, Case No. 4:20-cv-05640-YGR, consultabile sul sito del [District Court Northern District of California](#), September 16, 2021.

¹⁰⁹ H. HOVENKAMP, *Monopolizing and The Sherman Act*, consultabile sul sito [SSRN Electronic Journal](#), p.31.

Nel caso Epic Games, trattato negli Stati Uniti a tutti gli effetti come un caso di monopolizzazione, sono ravvisabili tutti gli indici dell'abuso di dipendenza economica.

Da un lato l'effetto *lock-in* in cui versano i consumatori che, pur di non perdere i benefici dall'uso dei prodotti Apple vengono catturati dal sistema messo appunto dall'App Store, nonostante comporti l'impossibilità di scaricare applicazioni, magari anche migliori, da *store online* diversi. Dall'altro, gli sviluppatori delle *apps*, non possono venderle altrove in quanto sono consapevoli che abbandonare l'ecosistema Apple sarebbe una scelta perdente in termini economici vista la sua influenza sul mercato degli *smartphone* ed, in generale, degli *smart devices*. Di consanguineità, la mancanza di alternative permette al gruppo Apple di imporre condizioni e termini sfavorevoli, come l'obbligo di acquisti *in-app* solo per il tramite del suo sistema di pagamento, deriva anche dalla consapevolezza che sarebbe scomodo acquistare funzioni aggiuntive nel sito di proprietà di Epic Games perché gli utenti dovrebbero uscire dall'App Store, effettuare l'acquisto e poi rientrare di nuovo nell'App. Tutto ciò li scoraggerebbe e li indurre ad abbandonare l'applicazione¹¹⁰. Dunque, pur di non perdere gli utenti, Epic Games come altre società ha accettato questa condizione.

In definitiva, se non si è di fronte ad una situazione di abuso di dominanza messa in atto per il tramite del *substantial market power*, si può considerare che si tratti di abuso di dipendenza economica e sanzionarla come tale impedendo quanto meno che, per mancanza di strumenti normativi adeguati, non venga sanzionata con conseguente distorsione della concorrenza, danni ai consumatori ed agli utenti commerciali.

3. Un'occasione mancata: la pratica *hub&spoke* intercorsa fra Apple ed i grossisti Tech Data e Ingram Micro

L'*Autorité de la Concurrence* nel valutare il comportamento anticoncorrenziale adottato dall'ecosistema digitale nel settore del commercio all'ingrosso nei riguardi dei rivenditori di prodotti di informatica Tech Data e Ingram Micro non ha condannato lo scambio di informazioni economiche sulle vendite che sarebbe intercorso fra essi come ipotesi di cospirazione c.d. *hub&spoke* vietata ai sensi dell'articolo 101 TFUE. In tal modo, si è dunque, persa l'opportunità di sanzionare una pratica illegale che è molto comune nel mercato tradizionale della distribuzione e che, nel caso in esame, vede coinvolto anche un operatore economico del mercato digitale come Apple.

Il comportamento non è sfuggito al regolatore francese che non ha mancato di interrogarsi sulla possibilità che «*the exchange of information*» possa rilevare quale forma di concertazione di per sé idonea a

¹¹⁰ IL POST, *Fornite ha deciso di fare la guerra ad Apple e Google*, consultabile sul sito [Il Post](#), 14 agosto 2020, (ultimo accesso: 8 novembre 2021).

restringere in maniera significativa la concorrenza ed annullare il grado di incertezza fra gli operatori del mercato di riferimento, tra l'altro, necessario perché, come sottolineato dalla Commissione Europea, costituisce un incentivo a competere¹¹¹.

Tuttavia, l'Autorità francese ha ritenuto che i dati scambiati fra Apple e le due società non avessero in qualche modo ridotto l'autonomia e l'indipendenza disincentivando la concorrenza *intra-brand*¹¹². Appare più che probabile che una simile valutazione non sia propriamente corretta.

Si consideri che nei mercati tradizionali l'*hub&spoke* costituisce una pratica concordata fra imprese operative in stadi diversi della filiera produttiva mediante la quale rapporti verticali producono un coordinamento orizzontale¹¹³. Per accertarne l'esistenza, occorrono in primo luogo, la triangolazione fra il produttore (*hub*) che veicola dati commercialmente «sensibili» tali da far prevedere le future strategie commerciali dei concorrenti da inviarsi ai due distributori (*spokes*) in concorrenza fra loro allo stesso stadio del mercato; in caso contrario, infatti, non sarebbe configurabile un comportamento anticoncorrenziale¹¹⁴.

In secondo luogo, è necessaria la sussistenza di un accordo fra le imprese concorrenti da cui si evince l'intenzione collusiva delle parti coinvolte. Non a caso nel *public enforcement* questo intento viene descritto metaforicamente - sempre secondo l'immagine della ruota a raggi - col termine «*rim*» perché il cerchio è in grado di rappresentare bene l'elemento intenzionale che lega fra loro nell'accordo i vari concorrenti, come se ogni relazione verticale fra gli *spokes* fosse - citando Ezrachi e Stucke - «*in furtherance of that aim*»¹¹⁵. Dunque, secondo tale concezione, non si sarebbe in presenza di un equilibrio collusivo se gli *spokes* non avessero consapevolezza della concertazione in atto e dello scopo anticompetitivo del reciproco monitoraggio¹¹⁶. In realtà, le Corti Federali statunitensi hanno messo evidenza che l'accordo fra gli *spokes*, pur costituendo una prova fondata della pratica concordata, non può sempre essere considerato un

¹¹¹ COMMISSIONE EUROPEA, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, Comunicazione 2011/C 11/01, consultabile sul sito [EUR-Lex](#), par. 61. Tra l'altro nella Comunicazione si chiarisce che «L'incertezza strategica sul mercato insorge in quanto esistono vari possibili esiti collusivi e perché le imprese non possono osservare in modo perfetto le azioni passate ed attuali dei loro concorrenti e degli operatori che entrano sul mercato». Si fa presente che la Commissione Europea ha messo in luce nel 2021 la necessità di rivedere le queste linee direttrici viste le novità che la digitalizzazione e l'aumento dei dati a disposizione degli ecosistemi digitali hanno prodotto, come evidenziato nello Staff Working Document pubblicato a maggio 2021. A tal riguardo si veda: EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document Evaluation Of The Horizontal Block Exemption Regulations*, testo consultabile sul sito [Publications Office of the European Union](#), Brussels, 6 maggio 2021, SWD(2021) 103 final.

¹¹² AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Apple/eBizcuss*, Decision 20-D-04, *cit.*, par.618.

¹¹³ Questo termine viene comunemente abbreviato con l'acronimo *h&s*, il cui significato rinvia letteralmente alle due componenti essenziali di una ruota a raggi ossia il mozzo (*hub*) ed i raggi ad esso collegati (*spokes*)

¹¹⁴ M. PADELLARO - V. AURICCHIO - P. TOMASSI, *Gli accordi di distribuzione commerciale nel diritto della concorrenza*, Cedam, Padova, 2013, pp.821-823; S. LAMARCA, A. AGUGGIA, *Gli elementi costitutivi della fattispecie*, A. CATRICALÀ - C. E. CAZZATO - F. FIMMANÒ (a cura di) *Diritto Antitrust*, Milano, Giuffrè, 2021, p.187.

¹¹⁵ A. EZRACHI - M. E. STUCKE, *Virtual Competition*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 2016, p.48.

¹¹⁶ B. ORBACH, *Hub-and-Spoke Conspiracies*, in *Arizona Legal Studies*, Discussion Paper, 16-11, April 2016, pp.3 ss.

indizio dirimente circa l'esistenza di un *hub&spoke*¹¹⁷. Difatti, in alcuni casi sono sufficienti delle mere presunzioni che si rivelano atte a provare l'intesa orizzontale delle imprese nel mercato a valle realizzata mediante lo scambio reciproco di informazioni: *a)* l'essere a conoscenza dell'accordo che l'altro concorrente ha siglato; *b)* l'aver modificato le proprie condotte in modo immediato appena si abbia conoscenza della modifica delle altre da parte del *competitor*; *c)* l'aver scambiato informazioni con l'*hub* circa le strategie commerciali adottate dallo *spoke* concorrente¹¹⁸. Un orientamento che è stato seguito anche dalla giurisprudenza comunitaria soprattutto in situazioni di oligopolio, laddove in assenza di un accordo esplicito fra i concorrenti lo scambio di informazioni sul volume delle vendite, sulle posizioni sul mercato, sulle strategie commerciali dei concorrenti o sull'aumento dei prezzi è stato ritenuto già sufficiente di per sé a configurare una cospirazione orizzontale con effetto restrittivo della concorrenza¹¹⁹. Si pensi, inoltre, a quanto si verifica in ipotesi di collusione algoritmica. In tal caso, non è indispensabile un intento collusivo, per provare l'esistenza della pratica concordata, ma è sufficiente anche un mero coordinamento non intenzionale raggiunto per il tramite di algoritmi di monitoraggio (c.d. *monitoring algorithms*) del comportamento dei concorrenti. Gli agenti intelligenti vengono appositamente programmati per restringere la concorrenza nel mercato digitale ed in tale maniera sono capaci di indurre un coordinamento collusivo di tipo orizzontale, pur senza essersi accordati fra di loro in modo espresso¹²⁰. Difatti, gli strumenti di *data analytics* usati dagli ecosistemi digitali sarebbero spontaneamente portati a colludere fra loro grazie al fatto che l'enorme disponibilità di dati che sono in grado di processare consente di conoscere e monitorare in tempo reale strategie commerciali, performance e prezzi praticati dai concorrenti¹²¹. Vi è di più. Alcuni algoritmi c.d. *parallel algorithms* riescono a rilevare esattamente se si sono verificati cambiamenti nell'offerta e nella domanda di un dato prodotto e, di conseguenza, a far reagire automaticamente i prezzi rispetto alle fluttuazioni del mercato, senza che intercorrano accordi espressi o negoziazioni fra le società che li utilizzano¹²².

¹¹⁷ A tal proposito, la Corte Federale americana nel caso “*Guitar Center*” si domandava «*What is a wheel without a rim?*». In tal senso, si legga OECD, *Hub&Spoke arrangements - Note by the United States*, testo consultabile sul sito dell' [OECD](#), 28 novembre 2019, p.4; OECD, *Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements - Background Note*, testo consultabile sul sito dell' [OECD](#), 25 novembre 2019, pp.18-19.

¹¹⁸ OECD, *Hub&Spoke arrangements - Note by the United States*, *cit.*, p.4.

¹¹⁹ S. LAMARCA, A. AGUGLIA, *op.cit.*, 186-187; si veda anche P. MANZINI, *Casi e materiali di diritto antitrust europeo*, Giappichelli, Torino, 2021, pp.33 ss.

¹²⁰ A. Ezrachi, M. E. Stucke, *Virtual Competition*, *cit.*, p.48.

¹²¹ A. EZRACHI - M. E. STUCKE, *Artificial Intelligence & Collusion: when computers inhibit competition*, in *University of Illinois Law Review*, Vol. 17, 2017, pp.1780-178; L. CALZOLARI, *La collusione fra algoritmi nell'era dei big data: l'imputabilità alle imprese delle 'intese 4.0' ai sensi dell'art. 101 TFUE*, in *Media Laws*, n.3, 2018, pp.220-227; inoltre L. CALZOLARI, *The misleading consequences of comparing algorithmic and tacit collusion: tackling algorithmic concerted practices under art. 101 TFEU*, in *European Papers*, Vol. 6, n.2, 2021, p.1201.

¹²²A. VALERIANI, *Algoritmi di prezzo: strategia collusiva nell'era digitale*, Blog [Iusinitinere.it](#), 2019, pp.1-2.

Altri, come i *signaling algorithms*, inviano segnalazioni su proposte di aumenti di prezzo ed allo stesso tempo sono in grado di accertare le reazioni dei concorrenti. In caso di mancato allineamento al prezzo proposto, l'algoritmo procede con un'altra proposta finchè tutti i concorrenti non si allineano, accettando il prezzo segnalato che viene così confermato¹²³.

Come si nota, negli algoritmi di prezzo, la concertazione viene raggiunta senza il bisogno di un accordo formale, ma per il tramite di sofisticate tecnologie di intelligenza artificiale progettate dalle stesse imprese che da sole sono in grado di attuare forme di coordinamento¹²⁴.

Alla luce di tali considerazioni, si comprende bene che la decisione della *Autorità de la Concurrence* non appare condivisibile nel momento in cui, pur in assenza di accordo collusivo espresso, non ha sanzionato la condotta *hub&spoke* in quanto avrebbe dovuto tener conto delle presunzioni semplici che consentono di ravvisare, nello scambio di dati veicolati da Apple, una restrizione della concorrenza per oggetto.

Le considerazioni dell'Autorità sembrano addirittura contraddire quanto è emerso nel corso dell'indagine istruttoria che ha accertato che l'autonomia decisionale delle due imprese è stata pesantemente ostacolata dalla società californiana la quale, per il tramite della relazione verticale instaurata con ciascuno dei grossisti, è riuscita ad agevolare il reciproco monitoraggio delle loro condotte commerciali. A rivelarlo è la natura delle informazioni che sono state veicolate. Da un lato, i dati sulle rispettive quote di mercato e le *performance* commerciali delle due società, dall'altro informazioni volte a svelare le reciproche strategie commerciali nel mercato della distribuzione, comprese notizie sulle promozioni, sulle forniture e sul modo di comportarsi con i clienti¹²⁵. Una condotta che aveva il solo scopo di indurre Tech Data e Ingram Micro ad adottare il medesimo approccio commerciale ed ostacolare sia la concorrenza *intra-brand* sia l'autonomia delle loro scelte imprenditoriali.

L'*Autorità de la Concurrence*, prima di negare che fra i tre operatori fosse intercorsa una triangolazione anticoncorrenziale, avrebbe quanto meno dovuto considerare che le scelte manageriali degli *spokes* sono state in parte dettate dalle istruzioni impartite dal colosso dell'*hi-tech* ed in parte condizionate dallo scambio di informazioni veicolato sempre dall'*hub*. È evidente, infatti, che laddove c'è condizionamento, non può esservi autonomia.

¹²³ *Ibid.*, p.3; P. MANZINI, *Algoritmi collusivi e diritto antitrust europeo*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n.1, 2019, p.169. In tal caso, l'Autore evidenzia come gli algoritmi di segnalamento possono essere sanzionati come pratica concordata visto che « tale aggiustamento segue indicazioni di prezzi perfettamente intelligibili grazie al fatto che sono costantemente ripetute mediante il software, esso risulta piuttosto l'accettazione di una proposta e, dunque, rappresenta l'atto di conclusione di una vera e propria intesa».

¹²⁴ A. CAPOBIANCO, A. NYESO, *Challenges for the Competition Law Enforcement and policy in the Digital Economy*, in *Journal of the European Competition Law & Practice*, 2018, Vol. 9, n.1, p.25.

¹²⁵ *Ibid.*, par.136.

4. Una breve riflessione conclusiva

Nell'arco di una manciata di anni i pericoli ingenerati dall'*intermediation power* dei giganti della rete nei mercati *data-driven* sono divenuti noti ai regolatori ed ai legislatori europei e statunitensi, intenti a trovare risposte legislative che si rivelino adeguate ed efficaci in cui la regolamentazione dell'economia di piattaforma non freni lo sviluppo dell'innovazione tecnologica.

La questione di fondo nell'affrontare il problema della concentrazione di potere e della monopolizzazione del mercato digitale sta nel non limitarsi semplicemente a «fotografare» il quadro esistente ed ad intervenire quando le condotte anticompetitive si siano già concretizzate, ma cercare innanzitutto di capire quale «capacità» abbia consentito alle grandi piattaforme di guadagnare nuove posizioni di mercato, provando ad attivarsi *ex ante*.

Come si è avuto modo di vedere, la forza dei GAFAM risiede nella capacità di *leveraging* ossia nell'essere in grado di espandere rapidamente le loro attività su mercati collegati a quello in cui sono dominanti offrendo beni e servizi innovativi per gli utenti.

Certamente, la proposta europea *Digital Markets Acts*, votata a larghissima maggioranza dalla Commissione Europea il 23 novembre 2021 ed il cui testo verrà approvato dal Parlamento in seduta plenaria il prossimo dicembre segue questo cammino, tentando di concretizzare il processo di revisione del diritto antitrust europeo ispirandosi ad una forma di regolazione non più *ex post*, ma *ex ante* che si incardini su una serie di obblighi elencati agli articoli 5 e 6 della proposta di Regolamento europeo¹²⁶.

Alcuni studiosi ne hanno criticato l'impianto strutturale ed, in particolare, le ben 18 prescrizioni imposte al *gatekeeper* in quanto costituirebbero una sorta di elenco confuso e disordinato di doveri privi di rigore logico, individuati grazie alle pratiche anticoncorrenziali già sanzionate dalle Autorità della Concorrenza e che in alcuni casi vengono addirittura disciplinate in entrambi gli articoli, come quelle in tema di *tying*¹²⁷.

Altri, invece, sollevano perplessità, evidenziando soprattutto gli effetti negativi che l'intervento legislativo potrebbe avere sui mercati digitali. Si sostiene che impedirebbe la creazione di condizioni favorevoli che consentano di offrire ai consumatori prodotti e servizi migliori bloccando, di fatto, il dinamismo dei

¹²⁶ FINANCIAL TIMES, *EU lawmakers agree on rules to target Big Tech*, consultabile sul sito del [Financial Times](#), 23 novembre 2021, (ultimo accesso: 25 novembre 2021); in tal senso si veda anche P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act*, cit., pp.55 ss, l'Autore, difatti, evidenzia come sia l'articolo 5 lett.c), e), f) sia l'articolo 6 lett. b), c), e), f) introducano il divieto di pratiche leganti, seppur nelle due forme diverse della vendita abbinata e della vendita aggregata. N. PETTIT, *The proposed Digital Markets Act (DMA) a legal and policy review*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 12, n.7, 2021, p.12; P. IBÁÑEZ COLOMBO, *Will the DMA deliver on its promises? Part II: institutional*, consultabile sul Blog [Chillin' Competition](#), 31 ottobre 2021, p.3, (ultimo accesso: 25 novembre 2021).

¹²⁷ R. PODSZUN - P.BONGARTZ - S. LANGENSTEIN, *Proposals on how to improve the Digital Markets Act*, , consultabile sul sito [SSRN Electronic Journal](#), 19 febbraio 2021, p.3.

mercati e l'innovazione tecnologica¹²⁸. Secondo tale prospettiva, la capacità di *leveraging*, andrebbe piuttosto che osteggiata, favorita e valutata in chiave procompetitiva.

Al contrario, si ritiene di poter valutare positivamente la posizione assunta dal *Digital Markets Act* contro il rischio di *leveraging*, la quale, pare di poter dire, nasce dalla corretta osservazione delle strategie commerciali messa in atto dalle grandi piattaforme al fine di monopolizzare il mercato online. Non va biasimato l'operato della Commissione Europea che, in anticipo sugli Stati Uniti, ha predisposto un nuovo impianto regolatorio nel tentativo di assicurare il buon funzionamento dei mercati digitali ponendoli al riparo dalle ingerenze di potere dei nuovi imperi privati. Certo, rimane il fatto che l'intervento normativo è suscettibile di miglioramento, magari come suggerito da altri studiosi, dando spazio a forme di co-regolazione fra la Commissione e le imprese coinvolte, soprattutto con riguardo alla procedura di designazione di *gatekeeper*¹²⁹. Non a caso, il Considerando 5 della legge sui mercati digitali evidenzia i limiti del diritto antitrust comunitario dinnanzi alle *big tech companies* e, più nel dettaglio, degli articoli 101 e 102 TFUE, tradizionalmente applicati ad imprese che abbiano raggiunto una posizione dominante nel mercato di riferimento, ma non adatti a sanzionare il comportamento di quelle che «*which are not necessarily dominant in competition-law terms*¹³⁰» per cui non avendo raggiunto una posizione dominante, vantano in un dato segmento del mercato un mero *relative market power* che, come si è avuto modo già di dire, costituisce uno dei presupposti per accertare l'abuso di dipendenza economica.

In tal modo, la proposta dimostra di avere un concetto di dominanza nel mercato più ampia e del tutto nuova per il diritto della concorrenza, tale da includere nel concetto di *gatekeeping power* sia il *substantial* sia il *relative market power*.

Gli interventi normativi che vi sono stati in tema di dipendenza economica e di abuso di posizione dominante in Germania mettono in evidenza, come anche a livello nazionale, sia sentita fortemente la necessità di «ingabbiare» la capacità di *leveraging power* mediante l'uso di nuove categorie del diritto antitrust. Tralasciando qui le novità introdotte in tema di dipendenza economica dalla riforma tedesca sulla concorrenza di cui si è avuto modo di discutere, merita di essere menzionato quanto stabilito in tema di abuso di posizione dominante mediante l'introduzione dell'articolo 19a(1) *GWB*. La norma, infatti, condanna la condotta abusiva delle piattaforme multiversante che da un lato vantano un'importanza significativa per la concorrenza nei diversi versanti del mercato (c.d. *paramount significance for competition*

¹²⁸ T. SCHREPEL, *Digital Markets Act: A Conservative Piece of Regulation*, consultabile sul sito del Blog [CONCURRENTIALISTE](#), May 20, 2021.

¹²⁹ G. BRUZZONE, *Verso il Digital Markets Act: obiettivi, strumenti e architettura istituzionale*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n.2, 2021, p.334.

¹³⁰ 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. 5.

across markets) e dall'altro si connotano per la presenza di effetti di rete diretti ed indiretti, uso di molteplici servizi; *switching costs* per gli utenti; economie di scala ed, infine, accesso ad una quantità di dati rilevante. Il passo in avanti che il legislatore tedesco ha compiuto prima delle altre legislazioni nazionali sta nell'aver concepito il *paramount significance for competition across markets* come una nuova categoria di potere dei conglomerati digitali, pensata per arginare l'avanzata progressiva degli stessi nei mercati non dominati. Per accertarla, viene affidato al *Bundeskartellamt* (di seguito, *BkartA*) il compito di condurre un'analisi *cross-market* in due fasi. Nella prima, dovrebbero essere presi in considerazione un elenco di criteri non cumulativi, fra cui il verificare se la piattaforma digitale abbia raggiunto la posizione dominante in uno o più mercati¹³¹. Una volta verificato che la piattaforma ha un'influenza significativa per la concorrenza tra i mercati, il *BkartA* può proibire le pratiche ritenute abusive, intervenendo *ex ante*. Pare di poter ravvisare un neppure troppo velato riferimento alla capacità di *leveraging* che avrebbe così trovato per la prima volta effettivo riconoscimento normativo in Europa ed effettiva applicazione a Dicembre 2021 quando il *BkartA* ha riconosciuto che Google, grazie alla ricerca online, gode di un'influenza significativa sull'accesso di altre aziende ai suoi utenti e clienti pubblicitari che gli consente di dettare le regole e le condizioni per le altre aziende fra i mercati¹³². Da questo punto di vista, l'intervento normativo tedesco ha innovato il diritto della concorrenza sia sul fronte del potere di mercato sostanziale sia relativo allo scopo di fermare l'espansione delle grandi piattaforme non solo nei mercati in cui queste hanno raggiunto il gigantismo economico, ma anche in quelli in cui la corsa alla monopolizzazione è appena iniziata. Volendo riprendere il paragone usato all'inizio del lavoro sull'atteggiamento di chi guarda al dito, piuttosto che guardare la luna, tale esperienza ed, in particolare, quella in fase di sviluppo in Europa, dimostra che il diritto antitrust ha finalmente smesso di guardare il dito ossia l'abuso di posizione dominante, come unico punto di riferimento e sta tentando lo sguardo verso la luna, una nuova concezione di abuso di potere che tenga conto anche dello stato di dipendenza economica in cui versano gli utenti commerciali rispetto alla piattaforma online. E come accade con tutto ciò che si osserva per la prima volta, anche i legislatori ed i regolatori necessitano di tempo per abituare lo sguardo a questa nuova categoria che include in sé anche l'abuso di dipendenza per anni rimasto in ombra, ma che può ben essere riscoperto come possibile strada alternativa da percorrere al fine di estirpare sul nascere il *power of leveraging* dei giganti della rete.

¹³¹ J. FRANCK - M. PEITZ, *Digital Platforms and the New 19a Tool in the German Competition Act*, in *Journal of European Competition Law and Practice*, Vol. 12, n.7, 2021, pp.7 ss.; inoltre O. BUDZINSKI - S.GAENSSE - A. STÖHR, *The draft for the 10th Amendment of German Competition Law: Towards a new concept of "Outstanding relevance across Markets"*, in *Ilmenau Economics Discussion Papers*, Vol. 26, 142, June 2020, p.9.

¹³²BUNDESKARTELLAMT, *Alphabet/Google*, testo consultabile sul sito de [Bundeskartellamt](https://www.bundeskartellamt.de), 30 dicembre 2021.