

UNIVERSITÀ FEDERICO II DI NAPOLI
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA XXIX CICLO
DIRITTO DELL'ECONOMIA E TUTELA DELLE SITUAZIONI SOGGETTIVE

**PIATTAFORME DIGITALI: TRA CRITICITÀ CONCORRENZIALI E
PROSPETTIVE DI REGOLAMENTAZIONE**

TUTOR:

CHIAR.MO PROF. ROBERTO MASTROIANNI

CANDIDATO:

AVV. ANTONINO CUTRUPI

ANNO ACCADEMICO 2016/2017

Sommario

Introduzione	4
CAP. 1 – Il concetto di piattaforma digitale	6
1. Introduzione	6
2. Approcci definatori	7
3. Caratteristiche comuni delle piattaforme digitali	14
3.1. Operatività su mercati multiversante.....	14
3.2. <i>Single-homing</i> e <i>multi-homing</i>	22
3.3. Utilizzo di <i>big data</i>	23
3.4. Utilizzo di risorse di terze parti	25
4. Tassonomia delle piattaforme digitali	26
5. Conclusioni	30
CAP. 2 – Il mercato rilevante nella “new economy”	32
1. Introduzione	32
2. Brevi cenni in tema di definizione del mercato rilevante	34
3. Le peculiarità dei mercati digitali e il loro impatto sulla definizione del mercato rilevante	37
3.1. Il grado di sostituibilità tra prodotti.....	37
3.2. L’operatività su mercati multiversante	39
3.3. Assenza di corrispettivi monetari	44
4. SSNIP test e mercati digitali	46
5. Conclusioni	50
CAP. 3 – Piattaforme digitali ed intese anticoncorrenziali	52
1. Introduzione	52
2. Clausole anticoncorrenziali e mercati digitali	53
2.1. Nuove priorità di enforcement.....	53
3. Vendite online: quadro normativo applicabile e caratteristiche emergenti	59
3.1. Quadro normativo applicabile	59
3.2. Specificità delle vendite online.....	62
4. Restrizioni alle vendite online e piattaforme digitali	67
4.1. Restrizioni all’utilizzo di piattaforme di terze parti.....	68
4.2. Clausole MFN	75
5. Piattaforme ed implementazione di intese anticoncorrenziali	88

5.1.	Scenario <i>messenger</i>	89
5.2.	Scenario <i>Hub & Spoke</i>	91
6.	Conclusioni	97
CAP. 4 – Piattaforme digitali e potere di mercato: nuove frontiere dell’abuso di		
posizione dominante		
	1. Introduzione.....	98
	2. Quadro normativo.....	99
	3. Sussistenza di una posizione dominante nei mercati digitali.....	99
3.1.	Le “effimere” quote di mercato	100
3.2.	Effetti di rete.....	102
3.3.	Accumulazione di dati come forma di potere di mercato	105
3.4.	Modalità di utilizzo della piattaforma (single-homing/multi-homing).....	108
4.	Nuove frontiere dell’abuso di posizione dominante	109
4.1.	Condotte legate al possesso di dati.....	110
4.2.	Preferenza dei propri servizi.....	119
5.	Conclusioni	124
CAP. 5 – Il controllo delle concentrazioni nei mercati digitali.....		
	1. Introduzione.....	126
	2. Le soglie di rilevanza.....	128
2.1.	Quadro normativo.....	128
2.2.	Necessità di una riforma delle soglie di rilevanza	132
3.	Dati personali e concentrazioni.....	141
3.1.	Aggregazioni di banche dati.....	142
3.2.	Privacy come parametro concorrenziale.....	145
4.	Conclusioni	147
Considerazioni finali		
		151
BIBLIOGRAFIA		
		154

INTRODUZIONE

Con il termine piattaforma digitale ci si riferisce, in prima approssimazione, a quelle entità che fanno ricorso alle nuove tecnologie al fine di permettere l'interazione tra gli utenti di un servizio o di un prodotto con il relativo fornitore. In altri termini, le piattaforme digitali rappresentano la risposta “tecnologica” alla necessità che domanda e offerta sul mercato siano coordinate. Nei mercati tradizionali, tale “coordinamento” è assicurato dalla compresenza fisica di acquirenti e fornitori (come nel caso delle fiere), diversamente nel contesto delle piattaforme digitali la compresenza delle parti è virtualmente assicurata dall'utilizzo di strumenti tecnologici¹.

È indubbio che le piattaforme digitali abbiano oggi un impatto tale da condizionare in maniera trasversale tutti gli aspetti delle relazioni umane, personali ed economiche, così rendendo le predette piattaforme dei veri e propri giganti della nostra società, attraverso i quali si rapportano quotidianamente miliardi di persone, eleggendo i social network quale luogo digitale di incontro, le piattaforme di e-commerce a nuovi mercati, i motori di ricerca a porte sullo scibile umano.

In tale contesto, è sorto però il dibattito circa la necessità di una regolamentazione unitaria e teleologicamente orientata del fenomeno delle piattaforme digitali. Invero, da più parti è stato sollevato il dubbio che l'inarrestabile sviluppo delle piattaforme digitali sia proprio dovuto alla mancanza di un quadro regolamentare in grado di porre freno ai comportamenti opportunistici di questi nuovi giganti digitali.

¹ D. COYLE, *Making the most of platforms: a policy research agenda*, 2016, pag. 4, disponibile al seguente indirizzo: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2857188>.

Su tali premesse, scopo della presente trattazione sarà quello di andare ad analizzare le problematiche concorrenziali che caratterizzano i mercati animati dalle piattaforme digitali. Ciò al fine di verificare se gli strumenti e gli schemi del diritto antitrust siano in grado di rispondere alle sfide concorrenziali poste dalle piattaforme digitali o se, viceversa, sia necessario approntare un quadro regolamentare *ad hoc*.

Pertanto, nella prima parte della trattazione si cercherà di connotare il concetto di piattaforma digitale, in modo da individuare i contorni di una nozione all'apparenza, e nella sostanza, complessa.

Nella seconda parte verrà esaminata la possibilità di adoperare gli strumenti generalmente utilizzati per la definizione del mercato rilevante anche in contesti fluidi come quelli in cui operano le piattaforme in questione.

Nella terza e nella quarta parte si esamineranno le sfide che i mercati della *new economy* pongono agli operatori del diritto antitrust, rispettivamente nell'applicazione del divieto di intese anticoncorrenziali, di cui all'art. 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (di seguito "TFUE") e dell'abuso di posizione dominante, ai sensi dell'art. 102 TFUE.

L'ultima parte della trattazione sarà invece dedicata ad esaminare le problematiche concorrenziali scaturenti dalle operazioni di concentrazione che coinvolgono le piattaforme digitali.

CAP. 1 – IL CONCETTO DI PIATTAFORMA DIGITALE

1. INTRODUZIONE

L'opportunità di prevedere una apposita disciplina *ex ante* del fenomeno delle piattaforme digitali si scontra in primo luogo con la difficoltà di individuarne una definizione da cui possa poi essere derivato l'ambito di applicazione di siffatta regolamentazione.

A tal riguardo, può essere preliminarmente rilevato che, sebbene il concetto di “piattaforma” non ponga particolari dubbi circa la sua portata, potendosi intendere con tale termine un mercato in cui due o più distinti gruppi di utenti si incontrano al fine di scambiare beni o servizi², la multiforme varietà dei *business model* degli operatori presenti su mercati digitali, e il loro variabile grado di sofisticazione tecnologica, rendono ardua l'individuazione di una definizione di

² A ben vedere, il concetto di “piattaforma” non è strettamente connesso al mondo digitale, potendosi invero rintracciare degli esempi di piattaforma anche nelle forme di economia più tradizionali. Basti pensare ai mercati del bestiame comunemente presenti presso alcuni villaggi, il cui fine era quello di mettere in contatto i venditori con i potenziali acquirenti, eventualmente sotto la supervisione del capo villaggio, nella sua veste di gestore della piattaforma (B. MARTENS, *An Economic Policy Perspective on Online Platforms*, *Institute for prospective technological studies – Digital Economy Working Paper 2016/05*, 2016, pag. 10, disponibile al seguente indirizzo: <<https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eur-scientific-and-technical-research-reports/economic-policy-perspective-online-platforms>>). Può ad ogni modo rilevarsi che l'avvento di internet abbia per certi versi facilitato ed incoraggiato il sorgere di questo particolare assetto di mercato. Ciò soprattutto in ragione della possibilità per gli operatori di finanziare la propria attività mediante la pubblicità, nonché in virtù della possibilità di disporre dei moderni mezzi di comunicazione, in grado di mettere più facilmente in contatto i due versanti della piattaforma.

piattaforma online in grado di ricomprendere al proprio interno la diversità degli ecosistemi digitali attuali e futuri.

Ad ogni modo, poiché qualsiasi forma di regolamentazione *ex ante* non può prescindere da una corretta comprensione del fenomeno che essa intende andare a disciplinare, l'oggetto del presente capitolo sarà rappresentato:

- da un esame degli esercizi definitivi ad oggi effettuati in ambito europeo in merito al concetto di piattaforma digitale; nonché
- dall'individuazione (ove ve ne fossero) delle caratteristiche che accomunano le stesse piattaforme digitali.

2. APPROCCI DEFINITORI

Come visto, un punto di partenza nel rintracciare il concetto di “piattaforma online” è sicuramente rappresentato da una ricognizione degli esercizi definitivi compiuti in tal senso dalle autorità di concorrenza.

A tal riguardo, dovrà darsi immediatamente conto, degli sforzi definitivi della Commissione dell'Unione europea (di seguito “**Commissione UE**”) nel contesto della propria strategia finalizzata alla creazione del c.d. Mercato Unico Digitale³. In particolare, il 24 settembre 2015 la Commissione UE ha dato avvio ad una consultazione pubblica avente ad oggetto prospettive di regolamentazione del

³ In particolare, la strategia della Commissione UE poggia su tre pilastri: (a) migliorare l'accesso ai beni e servizi digitali forniti in tutta Europa tanto per i consumatori che per le imprese; (b) realizzare un contesto favorevole e parità di condizioni affinché le reti digitali e i servizi innovativi possano svilupparsi; (c) massimizzare il potenziale di crescita dell'economia digitale. Maggiori informazioni in merito alla strategia della Commissione UE per la creazione di un Mercato Unico Digitale sono disponibili al seguente indirizzo: <https://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market_it>.

fenomeno delle piattaforme online⁴. Nel relativo questionario di consultazione la Commissione UE ha indicato che una piattaforma digitale rappresenta un'impresa operante in un mercato a doppio (o multi) versante che fa ricorso ad internet al fine di rendere possibile l'interazione tra due distinti, seppur interdipendenti, gruppi di utenti, in maniera tale da generare valore per almeno uno di tali gruppi. Il documento prosegue poi con una elencazione dei tipici esempi di piattaforma online – ossia motori di ricerca (sia generici che specializzati), elenchi commerciali basati sulla posizione o mappe, aggregatori di notizie, mercati online, piattaforme audiovisive e musicali, social network, piattaforme di condivisione video, sistemi di pagamento, piattaforme per l'economia collaborativa⁵ – specificando che non ricadono in tale definizione i fornitori di accesso ad internet.

A ben vedere la definizione appena passata in rassegna, seppur apparentemente chiara, pone delle non irrilevanti difficoltà interpretative, dal momento che il significato di alcuni suoi termini non viene esplicitato (ad esempio non viene fornita alcuna spiegazione del termine mercato a doppio versante) né tantomeno viene illustrato in cosa debba consistere l'interazione tra i due gruppi di utenti⁶.

⁴ COMMISSIONE UE, *Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*, pag. 5, disponibile al seguente indirizzo <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud>>.

⁵ “*Typical examples include general internet search engines (e.g. Google, Bing), specialised search tools (e.g. Google Shopping, Kelkoo, Twenga, Google Local, TripAdvisor, Yelp), location-based business directories or some maps (e.g. Google or Bing Maps), news aggregators (e.g. Google News), online market places (e.g. Amazon, eBay, Allegro, Booking.com), audio-visual and music platforms (e.g. Deezer, Spotify, Netflix, Canal play, Apple TV), video sharing platforms (e.g. YouTube, Dailymotion), payment systems (e.g. PayPal, Apple Pay), social networks (e.g. Facebook, LinkedIn, Twitter, Tuenti), app stores (e.g. Apple App Store, Google Play) or collaborative economy platforms (e.g. AirBnB, Uber, Taskrabbt, Bla-bla car)*”.

⁶ OXERA CONSULTING LLP, *Benefits of online platforms*, 2015, pag. 12, disponibile al seguente indirizzo: <[http://www.oxera.com/getmedia/84df70f3-8fe0-4ad1-b4ba-d235ee50cb30/The-benefits-of-online-platforms-main-findings-\(October-2015\).pdf.aspx?ext=.pdf](http://www.oxera.com/getmedia/84df70f3-8fe0-4ad1-b4ba-d235ee50cb30/The-benefits-of-online-platforms-main-findings-(October-2015).pdf.aspx?ext=.pdf)>.

Peraltro, da un lato, la definizione in esame postula come requisito essenziale di ogni piattaforma digitale la sua operatività su un mercato a doppio (o multi) versante. Dall'altro lato, ricomprende al suo interno anche degli intermediari attivi su internet (e.g. le piattaforme audiovisive come Netflix) che però non sono attivi su mercati a doppio (o multi versante), e che (quantomeno al momento)⁷ agiscono come meri rivenditori di contenuti, senza che perciò avvenga alcuna interazione diretta tra due o più gruppi di utenti. In altri termini, nelle summenzionate piattaforme musicali e audiovisive, così come nelle piattaforme di distribuzione di applicazioni (e.g. *Google Play*, *Apple App Store*), i consumatori pagano direttamente per il servizio che ricevono, senza che ciò comporti il far parte di un mercato multiversante.

Conseguentemente, la definizione indicata dalla Commissione UE nel documento di avvio della consultazione rischia di essere di fatto eccessivamente comprensiva, facendo ricadere all'interno del proprio perimetro ogni *business* digitale⁸.

La Commissione UE ha però avuto modo di integrare la propria visione di piattaforma digitale in una più recente comunicazione del 25 maggio 2016⁹ e nel relativo documento di lavoro¹⁰. In particolare, in tali documenti la Commissione

⁷ Non è da escludersi infatti che in futuro si possa giungere a conclusioni diverse in ragione di un mutamento del *business model* di tali società.

⁸ HOUSE OF LORDS, *Online Platforms and the Digital Single Market (10th Report of Session 2015–16)*, 20 aprile 2016, pag. 22, disponibile al seguente indirizzo <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/ldcom/129/129.pdf>>.

⁹ COMMISSIONE UE, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Le piattaforme online e il mercato unico digitale Opportunità e sfide per l'Europa*, COM(2015) 192 final, 6 maggio 2015, disponibile al seguente indirizzo <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-288-IT-F1-1.PDF>>.

¹⁰ COMMISSIONE UE, *Commission Staff Working Document on Online Platforms, accompanying the document, Communication on Online Platforms and the Digital Single Market*, 25 maggio 2016, disponibile al seguente indirizzo <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/commission-staff-working-document-online-platforms>>.

UE ha riconosciuto come non vi sia una visione unanime sul concetto di piattaforma digitale¹¹ e che il ricorso ad una definizione univoca potrebbe risultare in ambito applicativo particolarmente restrittivo, rischiando di non ricomprendere al suo interno rilevanti ecosistemi digitali, o eccessivamente inclusivo, peccando per eccesso¹². Allo stesso tempo la Commissione UE ha rilevato che le piattaforme digitali coprono una vasta gamma di attività, “*tra cui piattaforme pubblicitarie online, mercati, motori di ricerca, social media e punti vendita di contenuti creativi, piattaforme di distribuzione di applicazioni, servizi di comunicazione, sistemi di pagamento e piattaforme per l'economia collaborativa*”¹³.

¹¹ *Id.*, pag. 4.

¹² Il mutato approccio definitorio della Commissione UE è sicuramente il risultato delle osservazioni formulate dagli operatori coinvolti nel procedimento di consultazione pubblica. A tal proposito, è utile riportare quanto rilevato dalla società Facebook in merito alla nozione di piattaforma digitale originariamente proposta dalla Commissione UE: “[t]he *breadth of this definition is concerning because, as the wide-ranging examples included in the question illustrate, it has essentially no limiting principles and will catch an ever-increasing range of business activity. The proposed definition of online platforms covers business activities that have only one thing in common: they enable interaction between two or more groups of users through digital networks. Virtually every Internet-based activity enables interactions between “two or more distinct but interdependent groups of users”. As a result, the proposed definition gives the mistaken impression that online platforms have many common and unifying features. They do not. Business activity in the online world is as heterogeneous as offline business activity and is rapidly evolving. The definition is also highly generic and fails to identify any features of online platforms that would assist the Commission in understanding the role of online platforms in the Internet economy, including the dynamic nature of the Internet ecosystem in which platforms operate. It also leads one to question whether there could ever be a single, static definition of online platform. [...] Broad definitions and labels invariably fail to capture the complexities of today’s economy and therefore should not serve as a basis for making policy decisions. Given the sweeping and problematic definition of platforms undergirding this consultation, any “one size fits all” approach that arises from it could harm innovation and Europe’s growing digital economy*” (enfasi aggiunta – FACEBOOK, *DSM Platform Consultation Facebook Responses*, 6 gennaio 2016, pag. 2, disponibile al seguente indirizzo: http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-7/facebook_dsm_platform_consultation_facebook_responses_6_january_2016_13926.pdf).

¹³ COMMISSIONE UE, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Le piattaforme online e il mercato unico digitale Opportunità e sfide per l'Europa*, cit., pag. 2.

Su tale premessa, la Commissione UE ha quindi enucleato gli elementi che dovrebbero caratterizzare le piattaforme online, ovvero:

- a) la capacità di dare vita a nuovi mercati, ponendosi in concorrenza con quelli tradizionali ed organizzando nuove forme di partecipazione/esercizio di attività economiche basate sulla raccolta, sul trattamento e sulla modifica di grandi quantità di dati;
- b) l'operatività su mercati multiversante, con gradi di controllo variabili sulle interazioni dirette tra distinti gruppi di utenti;
- c) il beneficiare degli "effetti di rete", in ragione dei quali, generalmente, il valore del servizio offerto incrementa all'aumentare degli utenti;
- d) il generale ricorso alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione per raggiungere i propri utenti in maniera semplice ed istantanea;
- e) il ricoprire un ruolo chiave nella creazione di valore digitale, in particolare intercettando tale valore in modo rilevante (anche attraverso l'accumulo di dati), ed agevolando nuove iniziative imprenditoriali e creando nuove dipendenze strategiche¹⁴.

Ancora prima della Commissione UE, nel 2010, l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (di seguito "OCSE") aveva tentato fornire una definizione degli intermediari digitali (categoria all'interno della quale sono suscettibili di essere ricomprese le piattaforme online), da intendersi come operatori in grado di facilitare o rendere possibile transazioni tra terze parti su internet. Nel dettaglio, l'OCSE ha adoperato la seguente definizione di intermediario digitale: "[i]nternet intermediaries bring together or facilitate transactions between third parties on the Internet. They give access to, host, transmit and index content, products and services originated by third parties on

¹⁴ *Ibid.*

*the Internet or provide Internet-based services to third parties*¹⁵. Anche in questo caso la definizione impiegata, per quanto letteralmente riferita al concetto di intermediario, è principalmente basata su una attività di intermediazione prestata, da un soggetto terzo, tra due o più parti.

Ciò detto, anche diverse autorità di concorrenza si sono cimentate nel compito di individuare una definizione di piattaforma online, soprattutto da una prospettiva antitrust.

In particolare, il Bundeskartellamt (autorità di concorrenza tedesca) in un proprio documento di lavoro¹⁶ ha ritenuto che, a fini antitrust, ricadano nella definizione di piattaforma digitale quegli operatori che forniscono servizi di intermediazione in grado di rendere possibile l'interazione diretta tra due o più gruppi di utenti tra i quali si verificano effetti di rete indiretti¹⁷. La medesima autorità ha inoltre ritenuto che, nella ricerca di un inquadramento dal punto di vista concorrenziale, il concetto di piattaforma (online) dovrebbe essere sviluppato a partire dalla definizione di mercato a doppio versante, ciò per una duplice ragione: i) questo assetto di mercato rappresenta il cuore dell'economia digitale, ii) gli strumenti apprestati dall'attuale disciplina antitrust sarebbero già idonei a disciplinare i mercati ad un solo versante, non necessitando così di particolari correttivi¹⁸.

¹⁵ OCSE, *The economic and social role of internet intermediaries*, 2010, pag. 9, disponibile al seguente indirizzo <<https://www.oecd.org/internet/ieconomy/44949023.pdf>>.

¹⁶ BKARTA, B6-113/15, *Working Paper – Market Power of Platforms and Networks*, 2016, disponibile al seguente indirizzo <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Think-Tank-Bericht-Langfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=2>.

¹⁷ *Id.*, pag. 13. La definizione di piattaforma originalmente adoperata dal Bundeskartellamt recita come segue: “[b]usinesses are to be viewed as platforms if they provide intermediation services that enable direct interaction between two or more user sides between which indirect network effects occur”.

¹⁸ BKARTA, B6-113/15, *Working Paper – Market Power of Platforms and Networks (executive summary)*, 2016, pag. 1, disponibile al seguente indirizzo <[Think-Tank-Bericht-Zusammenfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=4](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Think-Tank-Bericht-Zusammenfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=4)>.

Rimanendo in Germania, ad un approccio diametralmente opposto sembra invece essere stato adottato dalla Monopolkommission, la quale, pur riconoscendo l'esistenza di diversi punti di comunanza tra i business digitali (e.g. l'operatività su mercati multi-versante), ha ritenuto che la sussistenza di marcate differenze tra i diversi ecosistemi digitali renda virtualmente impossibile enucleare, da una prospettiva antitrust, una definizione univoca di piattaforma online¹⁹.

Anche a livello legislativo si è tentato di dare una definizione al concetto di piattaforma digitale. Ciò è accaduto in Francia, dove una definizione di piattaforma digitale è fornita nell'Atto della Repubblica Digitale (di seguito "Atto") entrato in vigore lo scorso 7 ottobre 2016²⁰, con lo scopo di apportare delle modifiche al quadro normativo nazionale riguardante l'economia digitale (e.g. in tema di privacy)²¹. In particolare, l'Atto ha introdotto delle specifiche obbligazioni per i gestori di piattaforme digitali²², intendendosi come tali gli individui o le società che (a) offrano, gratuitamente o dietro corrispettivo, un servizio che permetta di classificare o referenziare (per il mezzo di un algoritmo) contenuti, beni o servizi che sono offerti o resi visionabili da terze parti (e.g. motori di ricerca) o (b) permettono a diverse parti di entrare in contatto reciproco

¹⁹ MONOPOLKOMMISSION, *Competition policy: The challenge of digital markets* (Special Report No 68), 2015, p. 19, disponibile al seguente indirizzo <http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s68_fulltext_eng.pdf>.

²⁰ LOI N. 2016-1321 *pour une République numérique*.

²¹ In merito alle modifiche apportate dall'Atto vedi: O. PROUST, G. GOOSSENS, *France Adopts Digital Republic Law*, in *Fieldfisher Privacy, Security and Information Law*, 4 ottobre 2016, disponibile al seguente indirizzo: <<http://privacylawblog.fieldfisher.com/2016/france-adopts-digital-republic-law>>.

²² In particolare, secondo quanto previsto dall'Atto, i gestori di piattaforme online devono fornire ai consumatori informazioni fedeli, chiare e trasparenti con riferimento ai seguenti elementi: (a) i termini generali di utilizzo che si applicano alla piattaforma e i mezzi utilizzati per classificare, referenziare o dereferenziare contenuti, beni o servizi che sono disponibili sulla piattaforma; (b) l'eventuale sussistenza di una relazione contrattuale o economica, o di una remunerazione legata alla classificazione e alla referenziazione dei contenuti, beni o servizi resi disponibili sulla piattaforma; e (c) i diritti e le obbligazioni civilistiche e fiscali delle parti nel caso in cui la piattaforma metta in contatto i consumatori con utenti professionisti e non.

al fine di vendere prodotti, offrire un servizio o scambiare e condividere contenuti, beni o servizi (e.g. siti di aste online o di compravendita)²³. Anche in questo caso la definizione di piattaforma digitale sembrerebbe eccessivamente comprensiva, potendovi rientrare al suo interno la quasi totalità dei servizi presenti su internet.

Come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, la diversità dei summenzionati approcci definitivi rende evidente che qualsiasi tentativo di definire in maniera univoca il concetto di piattaforma digitale non è esente da difficoltà.

3. CARATTERISTICHE COMUNI DELLE PIATTAFORME DIGITALI

Per le ragioni sopra esposte in questa sezione si darà conto delle principali caratteristiche delle piattaforme digitali. A tal riguardo, è bene tenere in considerazione che la ricerca di un minimo comune denominatore che accomuni tutte le piattaforme digitali non è un compito affatto facile e che deve tenere il passo del continuo avanzamento tecnologico che caratterizza la nostra era.

3.1. OPERATIVITÀ SU MERCATI MULTIVERSANTE

Come visto sopra, una delle principali caratteristiche delle piattaforme online è rappresentato dalla loro operatività su mercati multiversante.

²³ La definizione contenuta all'art. 49 dell'Atto recita come segue: “[e]st qualifiée d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur: 1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers; 2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service”.

A tal riguardo, giova osservare che nella lettura economica non sussiste consenso unanime sul concetto di mercato multiversante. In estrema sintesi, è infatti possibile distinguere quantomeno tre scuole di pensiero.

Secondo *Rochet e Tirole*, pionieri degli studi sui mercati a doppio versante, si è in presenza di un tale assetto di mercato nel caso in cui la piattaforma sia in grado di influenzare il volume delle transazioni applicando prezzi più elevati ad un versante del mercato, per converso, riducendo il prezzo pagato dall'altro versante di un uguale ammontare²⁴. La definizione adoperata da *Rochet e Tirole* enfatizza particolarmente il ruolo della struttura di prezzo, ciò soprattutto al fine di distinguere i mercati multiversante da quelli ad un solo versante²⁵; in altre parole, a rilevare sarebbe la struttura di prezzo, che deve essere divisata in maniera tale da “portare a bordo” della piattaforma entrambi i versanti (o meglio, i gruppi di utenti)²⁶. Proprio per tale motivo, la definizione in esame può incontrare delle difficoltà applicative. Ciò è particolarmente vero nei casi in cui un versante della piattaforma non sostenga alcun costo per l'utilizzo della medesima piattaforma (come nel caso dei periodici gratuiti), sicché sarebbe difficile ritenere che vi sia uno stretto collegamento tra il prezzo sostenuto dai diversi versanti della piattaforma, atteso che un lato della stessa non sostiene alcun costo²⁷.

²⁴ *Ex multis*, J. C. ROCHET, J. TIROLE, *Two-sided markets: an overview*, *Institut d'Economie Industrielle working paper*, 2004.

²⁵ In particolare, secondo gli Autori si ha un mercato ad un solo versante quando “*the end-users negotiate away the actual allocation of the burden (i.e., the Coase theorem applies); it is also one-sided in the presence of asymmetric information between buyer and seller, if the transaction between buyer and seller involves a price determined through bargaining or monopoly price-setting, provided that there are no membership externalities*”.

²⁶ J. C. ROCHET, J. TIROLE, *Two-sided markets: a progress report*, in *The RAND journal of economics*, 37, 3 (2006), pag. 645-667.

²⁷ G. GÜRKAYNAK ET AL., *Multisided markets and the challenge of incorporating multisided considerations into competition law analysis*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 5, 1 (2017), pag. 4-5.

Differente definizione è invece fornita da *Hagiu e Wright* secondo cui sarebbero due i requisiti chiave che caratterizzano le piattaforme multiversante, ovvero: (a) la piattaforma permette a due o più distinti gruppi di utenti di interagire direttamente; e (b) ogni versante deve essere in qualche modo affiliato alla piattaforma²⁸.

In particolare, l'interazione diretta tra i gruppi di utenti postula che gli stessi siano in grado di mantenere il controllo circa i termini della transazione, e che quindi non sia l'intermediario (gestore della piattaforma) ad avere il controllo circa tali condizioni. Mentre per affiliazione deve intendersi la circostanza che tutti i versanti del mercato compiono investimenti specifici al fine di utilizzare la specifica piattaforma. Secondo gli Autori, tali investimenti specifici potrebbero concretizzarsi in un costo di accesso fisso (e.g. l'acquisto di una console ludica), la spesa di risorse (e.g. dedicare tempo e risorse economiche al fine di imparare a sviluppare applicazioni per iPhone), o un costo opportunità (e.g. guidare sino ad un centro commerciale, piuttosto che aderire ad un programma fedeltà).

Ciò detto, secondo alcuni commentatori, la definizione appena fornita non sarebbe in grado però di ricomprendere al proprio interno alcune particolari forme di mercato in cui non vi sarebbe un vero e proprio investimento da parte di un gruppo di utenti. Questo è il caso dei motori di ricerca o delle piattaforme di e-commerce, in cui l'unica azione compiuta dall'utente sarebbe quella di collegarsi ad internet²⁹. Una terza definizione è fornita da *Evans e Schmalensee*, secondo cui le caratteristiche di un mercato multiversante sono le seguenti: (a) l'esistenza di due o più gruppi di clienti, (b) una qualche forma di interdipendenza tra questi, (c) la circostanza che gli stessi non possano "trarre" valore dalla loro mera reciproca attrazione, e (d) che invece facciano affidamento ad un "catalizzatore" (i.e. la piattaforma) al fine di facilitare interazioni foriere di

²⁸ A. HAGIU, J. WRIGHT, *Multi-sided platforms*, in *International Journal of Industrial Organization*, 43, C (2015), pag. 5.

²⁹ G. GÜRKAYNAK GÖNENÇ ET AL., op. cit., pag. 5.

valore tra loro³⁰. A differenza della definizione fornita da *Rochet e Tirole*, il cui perno è rappresentato dalla struttura di prezzo della piattaforma, nella definizione proposta da *Evans e Schmalensee* ad assumere carattere fondamentale sono l'interdipendenza tra gli utenti (i.e. il modo in cui la partecipazione di un gruppo di utenti ha un impatto sulla valutazione che gli altri gruppi di utenti fanno del servizio/bene fornito), nonché il ruolo della stessa piattaforma, intesa come mezzo di facilitazione delle interazioni tra i diversi gruppi di utenti. A tal riguardo, gli stessi Autori spiegano che il ruolo della piattaforma può essere concepito come la messa a disposizione della tecnologia necessaria al fine di risolvere le esternalità esistenti che gli stessi utenti non sono in grado di risolvere in via autonoma, così da minimizzare i costi di transazione³¹. Da una prospettiva antitrust, tra le teorie sopra esposte appare preferibile la definizione enucleata da *Evans e Schmalensee* atteso che il perimetro di questa appare sufficientemente ampio da ricomprendere al proprio interno mercati tradizionalmente considerati multiversante. Dall'altro lato, questa definizione risulta sufficientemente precisa in quanto basata sull'assunto che i differenti gruppi di utenti non siano in grado di interagire tra loro, o che il valore estratto sia di gran lunga maggiore nel caso in cui l'interazione tra le diverse categorie di utenze avvenga per il tramite della piattaforma³².

Come può facilmente intuirsi le definizioni sopra esposte hanno un perimetro applicativo difficilmente sovrapponibile, conseguentemente un mercato che può essere considerato multiversante ai sensi di una teoria potrebbe non esserlo ove se ne prenda in considerazione un'altra. Tale circostanza è ben illustrata nella seguente tabella, in cui mercati asseritamente multiversante sono analizzati alla

³⁰ R. SCHMALENSEE, D. S. EVANS. *Industrial organization of markets with two-sided platforms*, in *Competition policy international*, 3, 1 (2007), pag. 151-152.

³¹ *Id.*, pag. 154.

³² G. GÜRKAYNAK ET AL., op. cit., pag. 6.

luce delle definizioni rispettivamente fornite da *Rochet e Tirole* e *Schmalensee e Evans*.³³

Tab. 1 – Applicazione pratica delle diverse definizioni di mercato multiversante

	Rochet and Tirole (2006) (price structure matters and inability to negotiate away part or all of the price allocation (incl. absence of a seller monopoly)	Schmalensee and Evans (2012) (two or more groups of customers; need each other; cannot capture the value of mutual attraction; rely on a catalyst)
Payment systems	Y	Y
Video game consoles	Y	Y
Operating systems	Y	Y
Online recruitment	N	Y
Shopping malls	N	Y
Academic journals	Y	Y
Industrial standards	Y	Y
Automobile engines	N	N
Airports	N	Y
Supermarkets	Y	Y
Conferences	Y	Y
Franchising	N	Y/N
Collecting societies	Y	Y
Highways	N	N

Come può facilmente notarsi sono diversi i casi in cui un mercato sia considerato multiversante ai sensi di una definizione, ma non lo sia alla luce di un'altra. È questo, ad esempio, il caso delle piattaforme di *recruiting* online, dei centri commerciali, degli aeroporti e delle autostrade. A tal riguardo, occorre considerare che tale divergenza di risultati è frutto del confronto tra due sole definizioni e che, pertanto, questa sarebbe destinata ad accentuarsi nel caso in cui il confronto venisse esteso ricomprendendovi ulteriori definizioni di mercato multiversante.

³³ D. AUER, N. PETIT, *Two-Sided Markets and the Challenge of Turning Economic Theory into Antitrust Policy*, in *The Antitrust Bulletin*, 60, 4 (2015), pag. 15. Nella sua versione originale la tabella originale comprende anche una colonna in cui i diversi mercati sono analizzati alla luce della definizione di mercato multiversante fornita da *Eisenmann, Parker e Van Alstyne*. Le celle in colore salmone indicano che l'analisi circa il carattere multiversante del mercato preso in considerazione è stata effettuata in una precedente pubblicazione scientifica. Diversamente, nelle celle in bianco tale analisi è stata effettuata dagli Autori.

Ad ogni modo, a prescindere dalle differenze sussistenti tra le diverse definizioni di mercato multiversante sopra proposte, è possibile individuare al loro interno delle caratteristiche comuni che saranno di seguito esposte. In particolare, ogni mercato multiversante non può prescindere dalla presenza dei seguenti elementi:

- a) almeno due diversi gruppi di utenti che si trovano in una situazione in qualche modo di reciproco bisogno;
- b) effetti di rete indiretti tra i gruppi di utenti;
- c) non neutralità della struttura di prezzo (i.e. la struttura di prezzo della piattaforma ha un impatto sul livello delle transazioni effettuate)³⁴.

3.1.1. PRESENZA DI DIVERSI GRUPPI DI UTENTI

Come sopra riportato affinché sussista un mercato multiversante è necessario che vi siano almeno due gruppi di utenti che si trovino in una situazione di interdipendenza reciproca. È quindi possibile che si tratti di due distinti gruppi (e.g. commercianti e utilizzatori di carte di credito) oppure che si tratti degli stessi utenti che a seconda delle circostanze passano da un versante all'altro della piattaforma (e.g. gli utenti di telefonia mobile che possono essere rivestire sia il ruolo di chiamante che di ricevente)³⁵.

3.1.2. EFFETTI DI RETE

I mercati multiversante sono generalmente caratterizzati da rilevanti effetti di rete indiretti, intendendosi come tali quelle situazioni in cui il valore del bene/servizio per l'utente appartenente ad un gruppo di clienti dipende dalla presenza di utenti

³⁴ OCSE, *Two-Sided Markets Report*, cit., 2009.

³⁵ C. VELJANOVSKI, *Network effects and two-sided markets*, 2007, pag. 33, disponibile al seguente indirizzo <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1003447>.

in un altro gruppo di clienti³⁶. In altri termini, si è in presenza di effetti di rete indiretti allorquando il valore estratto da un consumatore da un bene/servizio incrementa all'aumentare del numero di utenti di beni complementari identici o interoperabili³⁷.

Da qui la differenza con gli effetti di rete diretti che trovano luogo nel caso in cui l'utilità tratta dagli utenti di un medesimo prodotto/servizio varia in base al numero di individui che utilizzano tale bene/servizio. In altri termini, in questo caso gli effetti di rete avvengono all'interno del medesimo gruppo di utenti. È questo il caso, ad esempio degli utenti di un *social network* (e.g. *Facebook*) in cui più sono gli utenti presenti sulla piattaforma, maggiore è il vantaggio per altri utenti ad aderirvi (e.g. sarà maggiore il numero di individui con cui entrare in contatto)³⁸.

Gli effetti indiretti di rete possono essere negativi, qualora la presenza di utenti in un altro gruppo abbia un effetto negativo sull'utilità tratta dall'utente dal bene/servizio³⁹, o positivi, allorquando la presenza di utenti in un altro gruppo abbia un impatto positivo sul valore tratto dal consumatore del bene/servizio.

Ulteriore distinzione che può essere effettuata è quella relativa tra effetti indiretti di rete unilaterali e bilaterali. Con riferimento a questi ultimi, i membri di un gruppo beneficiano indirettamente della crescita del proprio gruppo in quanto ciò comporta un incentivo per l'altro gruppo ad aumentare il numero dei propri

³⁶ S. WISMER, C. BONGARD, A. RASEK. *Multi-Sided Market Economics in Competition Law Enforcement*, in *Journal of European Competition Law & Practice* 1, 6, 2016, pag. 2.

³⁷ C. VELJANOVSKI, op. cit., 2007, pag. 6.

³⁸ COMMISSIONE UE, *Commission Staff Working Document on Online Platforms, accompanying the document*, in *Communication on Online Platforms and the Digital Single Market*, cit., pag. 4.

³⁹ S. WISMER, C. BONGARD, A. RASEK, op. cit., pag. 2.

membri, innescando così una sorta di effetto “ping pong”⁴⁰. È questo ad esempio il caso di un sito di e-commerce (e.g. Amazon) in cui maggiore è la presenza di venditori, maggiore è il valore assegnato dai potenziali acquirenti al sito, pertanto ciascun venditore beneficia indirettamente della presenza di altri operatori dal momento che ciò comporta un incremento del traffico sul sito web⁴¹.

Si è invece in presenza di effetti indiretti di rete unilaterali nel caso in cui solamente un versante beneficia dalla crescita del numero di utenti nell’altro versante; ed anzi potrebbe verificarsi una situazione in cui l’aumento degli utenti all’interno di un gruppo potrebbe comportare per gli stessi degli effetti negativi⁴².

3.1.3. STRUTTURA DI PREZZO NON NEUTRALE

Come visto, le piattaforme multiversante favoriscono l’interazione tra due distinti gruppi di utenti riducendo i costi di interazione tra gli stessi. Affinché ciò sia possibile è quindi necessario che la struttura di prezzo adoperata dalla piattaforma sia in grado di “portare a bordo” della stessa piattaforma tutti gli utenti di ogni versante coinvolto. A tal proposito, una piattaforma può generalmente determinare il volume delle transazioni applicando un prezzo maggiore ad un versante del mercato e, conseguentemente, ridurre il prezzo sostenuto da un diverso versante del mercato (per un uguale ammontare)⁴³. Al fine di determinare il prezzo per un particolare versante della piattaforma, quest’ultima dovrà tenere in considerazione fino a che punto la presenza di utenti su quel versante sia in grado di attrarre clienti sull’altro versante. È ben possibile infatti che un gruppo di utenti funga da “esca” per attrarre nella piattaforma

⁴⁰ BUNDESKARTELLAMT, *The Market Power of Platforms and Networks (Executive summary)*, cit., pag. 3.

⁴¹ COMMISSIONE UE, *Commission Staff Working Document on Online Platforms, accompanying the document*, in *Communication on Online Platforms and the Digital Single Market*, cit., pag. 4.

⁴² BUNDESKARTELLAMT, *The Market Power of Platforms and Networks (Executive summary)*, cit., pag. 3.

⁴³ OCSE, *Two-Sided Markets Report*, cit., 2009, pag. 29.

utenti appartenenti ad un altro versante. Con la conseguenza, che generalmente nei mercati multiversante il costo di interazione è ridotto per il versante del mercato più sensibile al prezzo, fino a poter essere azzerato, mentre i costi del servizio offerto dall'intermediario saranno sostenuti principalmente o esclusivamente da un diverso versante⁴⁴. Pertanto, scopo del gestore della piattaforma è quello di attrarre una massa critica sul lato sovvenzionato tale da indurre gli utenti presenti sull'altro versante (non sovvenzionato) a sostenere i costi necessari per interfacciarsi con il primo gruppo di utenti⁴⁵.

Questo è particolarmente il caso di quei modelli di *business* basati sulla pubblicità, in cui gli inserzionisti (lato A) beneficiano in maniera maggiore dalla presenza di consumatori (lato B), rispetto al valore assegnato dagli stessi consumatori alla presenza di inserzionisti. Il precipitato applicativo di tale considerazione è che generalmente nessun costo è previsto per l'adesione dei consumatori alla piattaforma, e ciò al fine di incoraggiarne la partecipazione (soprattutto nel periodo di lancio della stessa piattaforma)⁴⁶.

3.2. *SINGLE-HOMING E MULTI-HOMING*

È ben possibile che un utente possa utilizzare una sola piattaforma per soddisfare le proprie esigenze (c.d. *single-homing*), ad esempio generalmente un utente utilizza un singolo sistema operativo per ciascun dispositivo in suo possesso, oppure può fare ricorso a due o più piattaforme per i medesimi fini (c.d. *multi-*

⁴⁴ G. GÜRKAYNAK ET AL., op. cit., pag. 8.

⁴⁵ G. BELLOMO, *There ain't no such thing as a free lunch. Una riflessione sui meccanismi di mercato dell'economia digitale e sull'effettività delle tutele esistenti*, in AA.VV., *Concorrenza e mercato: Antitrust, regulation, consumer Welfare, Intellectual property*, 23, Milano (2016), pag. 213.

⁴⁶ I. GRAEF, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, op. cit., pag. 24. Oltre che una riduzione dei costi di adesione alla piattaforma, è ben possibile che gli utenti vengano attratti mediante la fornitura di servizi dedicati (e.g. supporto tecnico) che ne disincentivino il passaggio ad altre piattaforme concorrenti.

homing), è questo il caso delle carte di pagamento o delle piattaforme di social network⁴⁷. In particolare, è possibile che un utente utilizzi *Facebook* al fine di rimanere in contatto con familiari/amici e faccia contestuale ricorso a *LinkedIn* per mantenere e/o incrementare la propria rete di conoscenze lavorative⁴⁸.

Quanto sopra si riflette anche nel modello di *business* delle piattaforme. Ad esempio, una piattaforma in cui è prevalente l'utilizzo *single-homing* mirerà ad assicurarsi che gli utenti utilizzino il più possibile tale piattaforma e, conseguentemente, andrà ad adattare, o meglio diversificare, i propri servizi in maniera tale da creare una sorta di "ecosistema" che incentivi gli utenti a trascorrere quanto più tempo possibile sulla stessa piattaforma⁴⁹.

3.3. UTILIZZO DI *BIG DATA*

Una delle caratteristiche principali delle piattaforme online è quella di permettere l'interazione tra un notevole numero di utenti e quindi gestire un significativo ammontare di transazioni. Basti pensare al numero di ricerche gestite da motori di ricerca come Google o Bing, o al numero di transazioni che un sito di e-commerce come Amazon si trova ogni giorno a gestire⁵⁰.

Nello svolgimento dei propri compiti le piattaforme online sono quindi in grado di raccogliere dati relativi ad una mole imponderabile di transazioni e alle

⁴⁷ COMMISSIONE UE, *Commission Staff Working Document on Online Platforms, accompanying the document, Communication on Online Platforms and the Digital Single Market*, cit., pag. 5.

⁴⁸ I, GRAEF, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Alphen aan den Rijn (2016), pag. 44.

⁴⁹ COMMISSIONE UE, *Commission Staff Working Document on Online Platforms, accompanying the document, Communication on Online Platforms and the Digital Single Market*, cit., pag. 5.

⁵⁰ Basti pensare che il 25 novembre 2016, giornata del c.d. *Black Friday*, la piattaforma *Amazon Italia* ha registrato vendite per 1,1 milioni di prodotti ordinati, circa 12 prodotti al secondo. Sul punto cfr. *Amazon.it segna record il storico di vendite nel Black Friday*, disponibile al seguente indirizzo <<http://www.lastampa.it/2016/11/26/tecnologia/news/amazonit-segna-record-il-storico-di-vendite-nel-black-friday-2Jkvw4tyU5LPWOKSrfjsjko/pagina.html>>.

connesse informazioni personali degli utenti. Si tratta dei c.d. big data, ovverosia raccolte di dati così estese, in termini di volume, velocità e varietà, da richiedere tecnologie e metodi analitici specifici per l'estrazione di valore⁵¹.

I big data sono utilizzati dalle piattaforme per meglio adattare i loro servizi alle preferenze e le esigenze dei consumatori, nonché migliorare i propri processi operativi e quindi ridurre i costi, ed identificare nuove tendenze di mercato e opportunità di business.

Ad esempio, le piattaforme di e-commerce sono in grado di conoscere i prodotti che gli utenti hanno acquistato, visto, o messo nel loro carrello. A partire da queste informazioni, e mediante la profilazione delle preferenze degli utenti, le piattaforme sono in grado di predire, e quindi suggerire, quali prodotti possano essere di interesse al consumatore in ragione del suo grado di similitudine con il profilo di un altro consumatore⁵².

Analogamente, l'utilizzo dei dati personali degli utenti (generalmente estrapolati sulla base della cronologia delle ricerche) permette ai motori di ricerca di poter presentare, sulle proprie pagine, inserzioni pubblicitarie di potenziale interesse all'utente, in questo modo aumentando le *chance* di un'interazione tra gli inserzionisti e i consumatori. Ciò è particolarmente vero nel caso del modello *pay-per-click*, ove l'inserzionista paga una tariffa unitaria in proporzione ai click effettuati dagli utenti sui propri annunci pubblicitari. Peraltro, la capacità di offrire inserzioni mirate, permette agli stessi motori di ricerca di poter esigere maggiori commissioni dagli inserzionisti.

⁵¹ G. GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin: miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema?*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 31, 3 (2015), pag. 415-442.

⁵² Basta pensare alle funzioni di suggerimento di Amazon “*Chi ha acquistato questo articolo ha acquistato anche*” o “*Spesso comprati insieme*”.

Infine, va rilevato che i *big data* sono raccolti dagli operatori al fine di migliorare i propri servizi e, quindi, avere un vantaggio competitivo rispetto ai propri concorrenti. I *big data* possono essere infatti raccolti per essere rivenduti a società in grado di raccogliarli ed analizzarli per conto di terze parti. Invero, negli ultimi anni è notevolmente incrementato il numero di questi *data broker* (e.g. Acxiom, Datalogix, Experian, Epsilon e Teradata) che molto spesso stringono delle *partnership* commerciali con piattaforme come *Facebook* o *Google*⁵³.

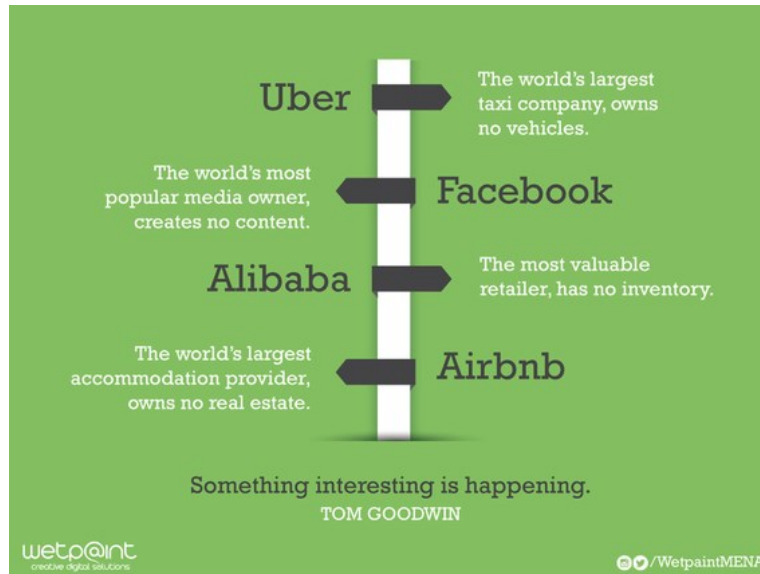
3.4. UTILIZZO DI RISORSE DI TERZE PARTI

In ultimo, può essere osservato che, in maniera sicuramente maggiore rispetto ai *business* tradizionali, le piattaforme digitali possono fare ricorso a risorse di terze parti per la prestazione dei loro servizi⁵⁴. Tale considerazione è efficacemente illustrata dalla seguente immagine⁵⁵.

⁵³ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT, *Competition Law and Data*, 2016, pag. 38-39, disponibile al seguente indirizzo <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2>.

⁵⁴ J. ROVESENCIO, *These Companies Prove You Don't Need to 'Own' Anything to be Successful*, in *Huffington Post*, 27 giugno 2015, disponibile al seguente indirizzo <http://www.huffingtonpost.com/jonha-revesencio/these-companies-prove-you_b_7157626.html>.

⁵⁵ Crediti: WetP@int MENA.



La circostanza che le piattaforme digitali non debbano investire nella creazione dei contenuti, dei beni o dei servizi resi accessibili agli utenti, permette alle stesse di poter destinare maggiori risorse per il miglioramento dell'esperienza di utilizzo degli utenti.

4. TASSONOMIA DELLE PIATTAFORME DIGITALI

Come già accennato, l'eventuale regolazione del fenomeno delle piattaforme digitali, postula una conoscenza approfondita del settore in questione. Pertanto, una volta chiarite quelle che sono le caratteristiche comuni delle piattaforme digitali, gioverà analizzarne le diverse destinazioni di utilizzo. A tal proposito, può essere preliminarmente osservato che tale esercizio definitorio può portare a delle risultanze non univoche.

Per incominciare, si può rilevare che nel proprio studio finalizzato a comprendere e misurare i benefici degli intermediari digitali⁵⁶, l'OCSE ha individuato sei possibili categorie:

- a) intermediari che forniscono l'accesso ad internet a nuclei familiari, imprese ed enti governativi⁵⁷;
- b) fornitori di servizi di trasformazione, preparazione, archiviazione di dati o contenuti (e.g. servizi di *web hosting*, *data processing* e *content delivery*);
- c) motori e portali di ricerca, la cui funzione è quella di essere di ausilio agli utenti nella navigazione del web;
- d) intermediari attivi nell'e-commerce, la cui attività è quella di agevolare la vendita e l'acquisto di beni;
- e) servizi di pagamento, ovverosia intermediari che gestiscono le operazioni di pagamento online;
- f) piattaforme di rete partecipative, in grado di mettere in contatto gli utenti e agevolare la diffusione di contenuti.

Altra tassonomia degna di rilievo è quella proposta dal Bundeskartellamt, secondo cui è possibile distinguere le seguenti tipologie di piattaforma:

- a) piattaforme di *matching*: ossia quelle finalizzate a connettere due gruppi di utenti per favorirne l'interazione, all'interno di questa categoria sarebbe poi possibile operare un ulteriore distinguo tra piattaforme *transaction*, ossia quelle il cui l'interazione tra utenti è finalizzata ad una specifica transazione (e.g. siti per le prenotazioni alberghiere) e piattaforme *non transaction*, come ad esempio i siti di *dating*, il cui fine non è quello di favorire una transazione ma il contatto diretto tra gli utenti della piattaforma;

⁵⁶ OCSE, *The economic and social role of internet intermediaries*, cit., pag. 9.

⁵⁷ Sembra potersi escludere che in tale categoria possano farsi rientrare le piattaforme digitali, dal momento che il loro utilizzo postula proprio che l'utente sia già dotato di un collegamento ad internet.

b) piattaforme di *audience providing*: ovvero quelle che permettono ad un gruppo di utenti di avere l'attenzione di un distinto gruppo di utenti, sicchè la loro funzione non è quella di favorire il migliore abbinamento tra la domanda e l'offerta di due gruppi di utenti, ma più semplicemente fornire l'opportunità per un gruppo di utenti (e.g. gli inserzionisti pubblicitari) di ottenere una attenzione diffusa da parte di un gruppo di un altro gruppo di utenti (e.g. i consumatori)⁵⁸.

In alternativa alle classificazione sopra proposte, è possibile prendere in considerazione la tassonomia proposta dalla società di consulenza *Oxera*⁵⁹. Secondo quest'ultima, è possibile classificare le piattaforme online da una duplice prospettiva, ovvero quella dei consumatori e quella delle imprese. Con riferimento al primo punto di vista, è possibile distinguere tra cinque diverse categorie di piattaforme:

- a) piattaforme di comunicazione: gli utenti sono in grado di comunicare e rimanere in contatto con amici, familiari e conoscenti (e.g. *Facebook* e *Twitter*);
- b) piattaforme di intrattenimento: gli utenti possono accedere, condividere contenuti come musica, video, foto (e.g. *Youtube* e *Instagram*);
- c) piattaforme di e-commerce: gli utenti possono acquistare, vendere e condividere prodotti o servizi (e.g. *eBay* e *Play Store*);
- d) piattaforme di confronto: gli utenti possono cercare, comparare e recensire prodotti o servizi (e.g. *Kayak* e *Trip Advisor*);
- e) piattaforme informative: ricerca di informazioni od opportunità (e.g. *Wikipedia* e *Google*).

⁵⁸ BUNDESKARTELLAMT, *The Market Power of Platforms and Networks (Executive summary)*, cit., pag. 3-4.

⁵⁹ OXERA CONSULTING LLP, *Benefits of online platforms*, 2015, pag. 17-18, disponibile al seguente indirizzo: <[http://www.oxera.com/getmedia/84df70f3-8fe0-4ad1-b4ba-d235ee50cb30/The-benefits-of-online-platforms-main-findings-\(October-2015\).pdf.aspx?ext=.pdf](http://www.oxera.com/getmedia/84df70f3-8fe0-4ad1-b4ba-d235ee50cb30/The-benefits-of-online-platforms-main-findings-(October-2015).pdf.aspx?ext=.pdf)>.

Per converso, in ragione dell'utilità che le imprese possono trarre dalle piattaforme digitali, queste ultime possono essere classificate come segue:

- a) piattaforme di *recruiting*: utilizzate per diverse finalità connesse alla gestione personale, come l'offerta di posizioni lavorative e l'assunzione di nuovi dipendenti (e.g. *Linkedin, Xing, Skype*);
- b) piattaforme di finanziamento: in grado di mettere in contatto gli ideatori di un progetto o di un'iniziativa con potenziali investitori (e.g. *Crowdcube, Startnext*);
- c) piattaforme di marketing: impiegate sin dallo sviluppo del prodotto/servizio fino all'avvio di campagne pubblicitarie (e.g. *adwords, Pinterest e Twitter*);
- d) piattaforme di e-commerce: utilizzate per rendere i prodotti/servizi disponibili ai consumatori, così come la prestazione di servizi post-vendita (e.g. *iTunes e Google Play*).

Come può facilmente notarsi, le classificazioni appena passate in rassegna hanno valore prettamente descrittivo e devono essere impiegate in maniera "flessibile", ciò in quanto è ben possibile che una piattaforma possa soddisfare diverse finalità di utilizzo e possa, quindi, ricadere all'interno di molteplici categorie. Così ad esempio, *Facebook* può essere utilizzato, oltre che per il suo scopo principale (i.e. ossia permettere la comunicazione tra più utenti), anche per accedere a contenuti multimediali (e.g. video) o comprare beni. Analogamente, *Twitter* può essere contemporaneamente utilizzato per finalità di marketing, così come per l'assunzione di personale (e.g. per promuovere offerte di lavoro).

5. CONCLUSIONI

Lasciando al capitolo finale della presente trattazione ogni valutazione circa l'opportunità di prevedere una regolamentazione *ex ante* del fenomeno delle piattaforme digitali, dall'esame degli sforzi definitivi sopra riportati emerge con chiarezza che l'individuazione di una definizione univoca di "piattaforma online" non è esente da problematiche (cfr. Cap. 1 *infra*). Analogamente, si è avuto modo di appurare come non vi sia unità di vedute nemmeno circa le possibili destinazioni di utilizzo delle piattaforme digitali, così come del fatto che queste ultime possono rispondere a diverse esigenze dei loro utenti (cfr. Cap. 1).

Così come nella storia dei "Sei ciechi e l'elefante"⁶⁰, le divergenze appena illustrate sembrerebbero invero riflettere il carattere estremamente soggettivo degli esercizi definitivi sopra richiamati. Tale situazione di incertezza sembrerebbe inoltre essere esacerbata dal variegato grado di complessità tecnologica caratterizzante gli ecosistemi digitali esistenti, nonché della mutevolezza dei *business model* delle stesse piattaforme online.

Pertanto, potrebbe in linea di massima dubitarsi della validità di un approccio regolamentare basato su una nozione univoca di piattaforma digitale – ad esempio, nel caso in cui tale definizione fosse eccessivamente generica e, quindi, estesa, il perimetro regolamentare che ne discenderebbe finirebbe con il comportare un indiscriminato ed inutile accrescimento dei costi di *compliance* regolatori della maggior parte delle imprese attive su internet – o ancora sulla

⁶⁰ La storia, particolarmente diffusa nel subcontinente indiano, ha ad oggetto un gruppo di uomini ciechi a cui è chiesto di descrivere le sembianze di un elefante dopo averne toccato differenti parti del corpo; una volta messe a confronto le proprie opinioni, questi individui si accorgono di essere in completo disaccordo circa le fattezze dell'elefante. Tale analogia è stata utilizzata nel contesto delle piattaforme digitali in A. LAMADRID, *Regulating platforms? A competition law perspective*, in *Chillin'Competition*, 24 novembre 2015, disponibile al seguente indirizzo: <<https://chillingcompetition.com/2015/11/24/regulating-platforms-a-competition-law-perspective/>>.

finalità di utilizzo di quest'ultima – è ben possibile infatti che nel corso di uno stesso anno un singolo operatore possa decidere di alterare il proprio *business model* così potendo uscire o rientrare (anche in maniera fraudolenta) nel perimetro applicativo di una data previsione regolamentare.

CAP. 2 – IL MERCATO RILEVANTE NELLA “NEW ECONOMY”

1. INTRODUZIONE

Il giudizio circa l'asserita anticoncorrenzialità di una condotta non può prescindere da una adeguata definizione del mercato in cui questa si sviluppa⁶¹. In ambito antitrust, infatti, la definizione del mercato rilevante rappresenta un presupposto tanto rispetto all'applicazione dell'articolo 101 TFEU (e.g. al fine di verificare l'applicabilità di un regolamento di esenzione è generalmente necessario fare riferimento alle quote di mercato delle parti coinvolte)⁶² quanto con riferimento all'articolo 102 TFUE (e.g. una condotta può essere considerata abusiva allorquando l'operatore che l'abbia posta in essere detenga una posizione dominante su un dato mercato)⁶³, così come nell'analisi delle transazioni alla luce del Regolamento comunitario sul controllo delle concentrazioni⁶⁴ (ciò in quanto il criterio generale per valutare la compatibilità di una concentrazione è se

⁶¹ TRIBUNALE UE, sentenza del 10 marzo 1992, *Società Italiana Vetro SpA*, T-68/89, T-77/89 e T-78/89, EU:T:1992:38, par. 159.

⁶² COMMISSIONE UE, *Regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione, del 20 aprile 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate*, in GU L 102 del 23 aprile 2010, pag. 1.

⁶³ “[L]a definizione adeguata del mercato di cui trattasi è una condizione necessaria e preliminare a qualsiasi giudizio su un comportamento che si pretende anticoncorrenziale in quanto, prima di dimostrare la presenza di un abuso di posizione dominante, è necessario provare l'esistenza di una posizione dominante in un determinato mercato, il che presuppone la previa definizione di tale mercato” (causa T-62/98 - *Volkswagen / Commissione*, 6 luglio 2000, par. 230).

⁶⁴ CONSIGLIO DELL'UE, *Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese*, in GU L 24 del 29 gennaio 2004, pag. 1.

questa ostacoli la concorrenza effettiva, in particolare mediante la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante)⁶⁵.

Analogamente, il procedimento di definizione del mercato rilevante riveste un carattere pivotale, sebbene con le dovute differenze, anche in ambito regolamentare⁶⁶. Così, ad esempio, nel contesto delle comunicazioni elettroniche, l'individuazione dei mercati rilevanti rappresenta il presupposto per l'intervento regolamentare *ex ante* (e.g. imposizione di rimedi regolamentari)⁶⁷.

Ciò detto, la rilevanza della definizione del mercato rilevante rimane centrale anche nel contesto delle piattaforme digitali. Pertanto, nel presente capitolo si andrà a valutare se l'approccio metodologico adoperato correntemente al fine di definire i mercati tradizionali possa trovare applicazione *sic et simpliciter* rispetto ai mercati in cui si trovano ad operare le piattaforme digitali, ed in particolare si cercherà di comprendere:

- quale debba essere l'approccio metodologico da seguire nel momento in cui si intenda definire il mercato rilevante in ragione delle peculiarità dei mercati della *new economy*;

⁶⁵ *Id.*, art. 2(2) e art. 2(3).

⁶⁶ Va a tal riguardo dato conto che sussistono alcune posizioni dottrinali fortemente critiche del concetto della rilevanza e della effettiva utilità del concetto di "mercato rilevante". Sul punto v. P. SABBATINI, *Sulla (ir)rilevanza del mercato rilevante*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3 (2012), pag. 495-518.

⁶⁷ Cfr. COMMISSIONE UE, *Raccomandazione della Commissione, del 9 ottobre 2014, relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche che possono essere oggetto di una regolamentazione ex ante ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica Testo rilevante ai fini del SEE (2014/710/UE)*, in GU L 295 dell'11 ottobre 2014, pag. 79. Sul punto può osservarsi che la definizione dei mercati rilevanti operata dalle autorità di regolamentazione nel settore delle comunicazioni elettroniche è caratterizzata dalle seguenti peculiarità: (a) è vincolata in ragione della sussistenza di linee-guida comunitarie, (b) ha natura prospettica, dal momento che non si limita a "fotografare" le attuali dinamiche del mercato, ma anzi ha valenza pluriennale, (c) è funzionale all'attività regolamentare. Per un approfondimento v. F. MARINI BALESTRA, *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, Milano (2016), pag. 77-96.

- se sia necessario un qualche adeguamento dello strumento tradizionalmente utilizzato dalle autorità di concorrenza per definire un mercato rilevante, ossia il c.d. *SSNIP test*⁶⁸.

Prima di rispondere ai quesiti appena indicati, gioverà però illustrare sinteticamente i principali aspetti relativi all'approccio metodologico generalmente adoperato nella definizione di un mercato rilevante.

2. BREVI CENNI IN TEMA DI DEFINIZIONE DEL MERCATO RILEVANTE

Come visto sopra, la definizione del mercato rilevante è finalizzata ad individuare quali siano i vincoli concorrenziali che l'impresa oggetto di valutazione si trova a sopportare, e che pertanto possono condizionare la condotta di mercato di tale impresa sul mercato⁶⁹. Come rilevato dalla Commissione UE, si tratta di perimetrare *“l'ambito nel quale le imprese sono in concorrenza tra loro”* al fine di *“individuare in modo sistematico le pressioni concorrenziali alle quali sono sottoposte le imprese interessate”*⁷⁰.

Dal punto di vista pratico, la definizione del mercato rilevante consiste nella individuazione di *“un insieme di prodotti/servizi e loro fornitori (attuali o potenziali) che siano effettivamente alternativi per la soddisfazione di un determinato bisogno economico – delimitandone al tempo stesso l'ambito geografico di riferimento”*⁷¹ o, più sinteticamente, del *“più piccolo gruppo di*

⁶⁸ Acronimo inglese di *“Small but Significant Non-transitory Increase in Price”*.

⁶⁹ P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna (2010), pag. 31.

⁷⁰ COMMISSIONE UE, *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, in GU C 372 del 9 dicembre 1997, di seguito **“Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante”**.

⁷¹ Delibera Agcom 61/06/CONS del 9 febbraio 2006.

prodotti e la più piccola area geografica per cui è possibile, in ragione delle possibilità di sostituzione esistenti, una consistente restrizione della concorrenza in funzione dell'oggetto e dell'effetto dell'intesa" (enfasi aggiunta)⁷². Dalle definizioni appena esposte ne discende che il mercato rilevante si compone di una dimensione merceologica (c.d. mercato del prodotto) e di una geografica (c.d. mercato geografico).

Relativamente al mercato del prodotto, i principali criteri di determinazione del mercato rilevante sono rappresentati dal grado di sostituibilità (del prodotto) dal versante della domanda e dal lato dell'offerta⁷³.

Con riferimento al primo di questi criteri, che generalmente costituisce il punto di partenza per la definizione del mercato rilevante, quest'ultimo è rappresentato da tutti i beni e/o servizi considerati fungibili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati⁷⁴. In altri termini, l'analisi della sostituibilità sul lato della domanda implica che si individuino la gamma di prodotti considerati intercambiabili dai consumatori (in ragione delle loro caratteristiche, dei loro prezzi e della destinazione d'uso).

Generalmente, il rapporto di sostituibilità tra prodotti è effettuato mediante il ricorso a test econometrici, fra tutti il c.d. test del monopolista ipotetico o *SSNIP test*. Tale test individua il grado di sostituibilità sul versante della domanda tra

⁷² AGCM, *Formulario per la comunicazione delle intese*, in Boll. 19/1996, 1996, pag. 14.

⁷³ L'analisi della sostituibilità dal lato dell'offerta è finalizzata a verificare se un produttore è in grado di passare agevolmente, ed in un arco di tempo ragionevole, dalla produzione di un dato bene alla produzione di un altro bene; ove questa circostanza si verifichi è possibile ritenere che i due prodotti in questione facciano parte del medesimo prodotto rilevante. Ad ogni modo, è possibile ritenere che la sostituibilità sul versante dell'offerta venga presa in considerazione solamente qualora tale sostituibilità abbia effetti equivalenti, in termini di efficacia e di immediatezza, a quelli della sostituibilità sul versante della domanda (COMMISSIONE UE, *Comunicazione sul mercato rilevante*, par. 20).

⁷⁴ L. RITTER, W. D. BRAUN, *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, Boston (2005), pag. 388 e ss.

due (o più) prodotti in ragione della reazione dei consumatori ad un ipotetico piccolo (5-10%) ma significativo aumento di carattere permanente del prezzo⁷⁵. In particolare, il test valuta se ad un piccolo ma significativo aumento del prezzo di un prodotto X i consumatori acquisteranno un diverso prodotto Y. Qualora il numero di consumatori che passerebbero ad acquistare il bene Y è tale da rendere l'incremento del prezzo del bene X non redditizio, in virtù della diminuzione delle relative vendite, allora il bene X e Y appartengono allo stesso mercato del prodotto; la procedura viene così ripetuta aggiungendovi nuovi prodotti, sino a quanto l'incremento di prezzo non risulti profittevole⁷⁶.

Per ciò che riguarda la dimensione geografica del mercato rilevante, questa è rappresentata dall'area più piccola *“nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone geografiche contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse”*⁷⁷. Sicché, vi sarà sostituibilità sotto il profilo geografico nel caso in cui, in ragione dell'aumento del prezzo di un bene in una determinata area, i consumatori ivi localizzati sono disposti a recarsi in altre aree al fine di acquistare il prodotto in questione o, in alternativa, operatori attivi in altre aree sono disponibili a fornire i loro prodotti nell'area geografica in cui si è verificato l'aumento di prezzo⁷⁸.

⁷⁵ I. VAN BAEL, J. BELLIS, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, Torino (2009), pag. 151.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ COMMISSIONE UE, Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante, par. 8.

⁷⁸ M. SIRAGUSA ET AL., *L'abuso di posizione dominante*, in AA.VV., *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Torino (2010), pag. 1097.

3. LE PECULIARITÀ DEI MERCATI DIGITALI E IL LORO IMPATTO SULLA DEFINIZIONE DEL MERCATO RILEVANTE

3.1. IL GRADO DI SOSTITUIBILITÀ TRA PRODOTTI

Qualsiasi esercizio definitorio del mercato rilevante nel contesto dei mercati della “*new economy*” non può prescindere del tenere in debita considerazione il grado di concorrenza dinamica caratterizzante tali mercati. In questi ultimi, infatti, la principale variabile competitiva non è rappresentata dal prezzo dei prodotti offerti, ma dal grado di innovazione caratterizzante gli stessi prodotti. Pertanto, la “minaccia” concorrenziale per un prodotto/servizio non è rappresentata solo dai prodotti/servizi attualmente esistenti, ma anche da quelli che verranno in futuro⁷⁹.

Proprio in ragione di tale fattore può risultare difficile valutare il grado di sostituibilità dal lato della domanda tra due prodotti⁸⁰. Invero, va rilevato che, mentre nelle industrie tradizionali i confini dei mercati merceologici vengono tracciati sulla base di prodotti fisici aventi caratteristiche simili, tale esercizio risulta più difficile nel contesto dei mercati digitali, ove il continuo mutamento e miglioramento tecnologico di un prodotto possono renderlo più o meno sostituibile dalla prospettiva dei consumatori (le cui preferenze sono peraltro sempre in continua evoluzione)⁸¹.

⁷⁹ A. JONES, B. SUFRIN, op. cit., pag. 73.

⁸⁰ Analoghe considerazioni valgono con riferimento alle valutazioni circa il grado di sostituibilità dal lato dell’offerta, dal momento che si tratterà di andare a valutare se il prodotto di cui trattasi può essere tecnologicamente offerto da altri operatori, anche in ragione del fatto che questi ultimi potrebbero non ancora essere presenti sul mercato.

⁸¹ M. MAHER ET AL., *Resetting competition policy frameworks for the digital ecosystem*, 2016, pag. 15, disponibile al seguente indirizzo: <http://www.gsma.com/publicpolicy/wp-content/uploads/2016/10/GSMA_Resetting-Competition_Report_Oct-2016_60pp_WEBv2.pdf>. Gli stessi Autori portano come illustrazione di tale difficoltà quanto affermato nel 1995 dall’authority di concorrenza inglese (l’allora *Monopolies and Mergers Commission*), secondo cui “*Nintendo and Sega remain well placed to retain their dominant position in the market and derive profit from it*” (v. *Monopolies and Mergers Commission*,

Alla luce di quanto sopra, non sarebbe corretto operare una definizione del mercato rilevante – tanto in ambito antitrust che regolamentare – basata esclusivamente sulla tecnologia impiegata o sul singolo prodotto offerto dall'impresa le cui condotte sono sotto osservazione. Diverse tecnologie possono infatti appartenere ad un medesimo mercato, nel momento in cui i consumatori le considerino fungibili tra loro.

Così, nella concentrazione *Facebook/WhatsApp*, la Commissione UE, nel prendere in considerazione il mercato dei servizi di comunicazione per consumatori, non ha ritenuto che tali servizi appartenessero a mercati rilevanti distinti in ragione delle singole funzionalità offerte da ciascun servizio⁸². Analogamente, passando al settore regolamentare, per un utente sarà spesso indifferente se una connessione ad internet viene effettuata sulla base di collegamenti cablati in rame o fibra, reti Wi-Fi, LTE o UMTS, nonché via satellite⁸³.

Fermo restando quanto sopra, deve essere ulteriormente rilevato che l'esistenza di rapporti concorrenziali tra due piattaforme potrebbe non dipendere esclusivamente in ragione del grado di sostituibilità, dalla prospettiva degli utenti, esistente tra i prodotti offerti da differenti piattaforme.

Video games: A report into the supply of video games in the UK, 1995). Tale affermazione, oltre a scontrarsi con la realtà attuale dei fatti – *Sega* ha infatti abbandonato il mercato delle *console* videoludiche, limitandosi a sviluppare videogiochi per *console* di terze parti – risultava superata già al momento della sua enunciazione, dal momento che nello stesso anno *Sony* avrebbe lanciato la propria celebre *Playstation*.

⁸² COMMISSIONE UE, caso COMP/M.7217, cit., par. 25-27.

⁸³ M. PEITZ ET AL., *Market Definition, Market Power and Regulatory Interaction in Electronic Communications Markets*, 2014, disponibile al seguente indirizzo: [in: <http://www.cerre.eu/sites/cerre/files/141029_CERRE_MktDefMktPwrRegInt_ECMS_Final.pdf>](http://www.cerre.eu/sites/cerre/files/141029_CERRE_MktDefMktPwrRegInt_ECMS_Final.pdf), pag. 40.

La definizione del mercato rilevante nel contesto delle piattaforme digitali dovrebbe invero tenere in considerazione anche l'eventuale rivalità esistente tra due o più piattaforme al fine accaparrarsi "l'attenzione" degli utenti. Ciò è soprattutto vero in quei casi in cui al maggiore utilizzo, da parte degli utenti, di una piattaforma derivano maggiori introiti per quest'ultima⁸⁴. Ove si opinasse diversamente si finirebbe con il tradire il reale scopo della definizione del mercato rilevante, ossia "illuminare la valutazione degli effetti concorrenziali"⁸⁵.

Così, sebbene dalla prospettiva degli utenti i servizi di comunicazione offerti da *WhatsApp* e *Facebook* non siano sostituibili, qualora per la maggior parte del loro tempo i consumatori comunicino tra loro utilizzando *WhatsApp*, ciò determinerebbe una diminuzione dell'*audience* di Facebook e, quindi, dei profitti percepiti da quest'ultima, dal momento che le principali entrate sono collegate alle inserzioni pubblicitarie e, quindi, alla "attenzione" prestata dagli utenti.

3.2. L'OPERATIVITÀ SU MERCATI MULTIVERSANTE

Come sopra visto uno dei caratteri fondamentali di ciascuna piattaforma digitale è rappresentato dall'operatività su un mercato multiversante. Tale ultima circostanza andrà tenuta in debita considerazione nel momento in cui ci si accinga a definire il mercato rilevante in cui una piattaforma digitale è attiva.

In particolare, tale esercizio definitorio dovrà in primo luogo valutare se il carattere multilaterale della piattaforma abbia rilevanza ai fini dell'analisi concorrenziale. Il carattere multiversante di una piattaforma è infatti una

⁸⁴ *Id.*, pag. 55.

⁸⁵ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE/FEDERAL TRADE COMMISSION, *Horizontal Merger Guidelines*, 2010, pag. 9. In senso analogo "Market definition is a tool for the competitive assessment, not a substitute for it. What is ultimately important is to understand the nature of the competitive situation facing the firms involved in a certain practice or in a proposed merger" (M. MONTI, *Market definition as a cornerstone of EU Competition policy - Workshop on Market Definition*, 2001).

questione quantitativa piuttosto che qualitativa⁸⁶. Pertanto, nel caso in cui tale carattere non fosse sufficientemente pronunciato, ossia non abbia un impatto effettivo sulla condotta di un'impresa e le modalità con cui questa concorre con gli altri operatori presenti sul mercato, si potrà fare a meno di considerare il carattere multilaterale della piattaforma al momento di definire il mercato rilevante⁸⁷.

Sotto questo profilo, va rilevato che sussistono due tipi di rischi nell'operare una definizione del mercato rilevante in mercati astrattamente classificabili come multiversante: (a) il rischio di falso positivo, consistente nell'identificare come mercato multiversante un mercato che in realtà non lo è, e (b) di falso negativo, ovvero classificare come mercato ad un unico versante, eventualmente dotato di una pluralità di fasi verticalmente integrate, un mercato che è invero multiversante⁸⁸.

Ciò detto, una volta appurato che ci si trovi dinanzi ad un mercato effettivamente multiversante, ci si dovrà chiedere quale sia l'approccio metodologico da seguire nella definizione del mercato rilevante.

In linea teorica sono almeno due gli approcci possibili: (a) definire due mercati distinti in ragione di ciascun versante della piattaforma considerato individualmente, oppure (b) definire un unico mercato che abbracci tutti i versanti della piattaforma. Come facilmente intuibile, optare per l'uno piuttosto che per l'altro approccio ha importanti ricadute nella definizione del mercato rilevante e quindi nella susseguente analisi concorrenziale. Ad esempio, la quota di mercato di un'impresa sarà sicuramente più diluita nel caso in cui si opti per

⁸⁶ I. GRAEF, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, 2016, pag. 77.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ V. VISCO COMANDINI, *Google ei Mercati dei Servizi di Ricerca su Internet*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 3 (2013), pag. 546.

una definizione di un unico mercato rilevante, che rappresenti la sommatoria di tutti i versanti del mercato in questione, rispetto al caso in cui il potere di mercato di detta impresa sia valutato con riferimento ad uno specifico versante⁸⁹. Per converso, andando a considerare in maniera isolata ciascun versante di un mercato si potrebbe correre il rischio di non prendere adeguatamente in considerazione le interazioni sussistenti tra i diversi gruppi presenti su tale mercato⁹⁰.

Sebbene al momento non vi sia impostazione univoca in grado di rispondere al quesito appena posto, ed anzi in dottrina si registra una notevole divergenza di opinioni, ad oggi l'impostazione teorica che appare trovare maggiore consenso è quella proposta da *Filistrucchi et al.*⁹¹ che verrà di seguito brevemente illustrata.

L'impostazione proposta da *Filistrucchi et al.* si basa essenzialmente sulla distinzione tra mercati multiversante *transaction* e *non-transaction*⁹². I mercati rientranti nella prima categoria sono caratterizzati dalla presenza e dall'osservabilità di una transazione tra i due gruppi di utenti della piattaforma. Sono tipici esempi di tali mercati quelli delle carte di pagamento e dei sistemi operativi⁹³. Per converso, sono mercati multiversante *non-transaction* quelli in cui non vi è una transazione tra i due versanti del mercato, o meglio anche nel caso in cui una transazione fosse presente questa non sarebbe osservabile⁹⁴. È questo il caso di un utente che legga un annuncio di un inserzionista

⁸⁹ M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano (2014), pag. 93.

⁹⁰ M. MAHER ET AL., *op. cit.*, pag. 16.

⁹¹ L. FILISTRUCCHI ET AL. *Market definition in two-sided markets: Theory and practice*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 10, 2 (2014), pag. 293-339.

⁹² Si tratta invero di una distinzione già proposta in L. FILISTRUCCHI, *SSNIP Test for Two-Sided Markets – The Case of Media*, in *NET Institute Working Paper*, 8, 34 (2008). Sul punto v. P. PARCU ET AL., *Antitrust enforcement in traditional v online platforms*, 2016, pag. 2.

⁹³ L. FILISTRUCCHI ET AL., *Market definition in two-sided markets: Theory and practice*, *op. cit.*, pag. 298.

⁹⁴ *Ibid.*

pubblicitario, in cui sebbene sussista una interazione tra gli agenti economici (e.g. l'utente clicca sul link relativo all'annuncio), la transazione sarà solamente successiva (e.g. l'utente che ha letto l'annuncio comprerà il prodotto ivi reclamizzato) e difficilmente identificabile (è quasi impossibile sapere se qualcuno ha comprato il prodotto perché ha visto l'annuncio)⁹⁵.

Ciò detto, secondo l'approccio suggerito da *Filistrucchi et al.*, un singolo mercato rilevante dovrebbe essere individuato in tutti quei casi in cui il mercato è di tipo *transaction*, dal momento che in questi casi un operatore o è presente in entrambi i versanti della piattaforma o non è presente affatto⁹⁶. È questo il caso del mercato delle carte di pagamento, ove il fornitore del servizio di pagamento deve essere necessariamente contemporaneamente attivo sia sul versante dell'acquirente che dell'esercente, pena l'impossibilità che si verifica la transazione tra i due diversi gruppi di utenti. Per tale ragione, è impossibile che la piattaforma sia attiva su un solo versante del mercato, da qui l'opportunità di definire un unico mercato rilevante.

Diversamente, nel caso dei mercati *non-transaction* dovrebbero essere definiti due mercati (interrelati) distinti⁹⁷. Dal momento, infatti, che nessuna transazione osservabile ha luogo sulla piattaforma, è quindi ben possibile che un operatore sia attivo su un solo versante del mercato. Conseguentemente, lo stesso operatore sarà soggetto alla pressione concorrenziale di gruppi di operatori distinti, a seconda del versante considerato. Ad esempio, un motore di ricerca potrebbe essere considerato in concorrenza con un *social network* dalla prospettiva degli inserzionisti pubblicitari, mentre ciò non varrà ove si consideri il punto di vista

⁹⁵ *Id.*, pag. 298.

⁹⁶ *Id.*, pag. 301.

⁹⁷ *Ibid.*

dei consumatori⁹⁸.

Ad ogni modo, nel momento in cui si dovesse optare per definire distinti mercati rilevanti, risulta comunque importante che tutti i versanti della piattaforma vengano presi in considerazione, e ciò per due ragioni. In primo luogo, una piattaforma operante in un mercato multiversante necessita di “portare a bordo” entrambi i versanti e, pertanto, si trova comunque a competere per i clienti presenti su entrambi i lati. In secondo luogo, il grado di concorrenza che una piattaforma si trova a fronteggiare per ottenere nuovi utenti su un versante dipende anche dalla sua posizione concorrenziale sull’altro versante e viceversa. A parere degli stessi Autori, unica eccezione a quanto appena esposto, si avrebbe nel caso in cui il mercato multiversante *non-transaction* abbia una sola esternalità, ovvero quest’ultima non sia reciproca. Sicché in questi casi, con specifico riferimento al versante che non esercita alcuna esternalità sull’altro, la definizione del mercato rilevante del versante in questione può essere effettuata individualmente senza che l’altro versante venga preso in considerazione⁹⁹.

Sebbene con qualche eccezione¹⁰⁰, l’impostazione di *Filistrucchi et al.* sembra generalmente trovare delle conferme nella prassi decisionale di alcune autorità di concorrenza. Ad esempio, nell’approvare l’acquisizione di *WhatsApp* da parte di

⁹⁸ I. GRAEF, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, op. cit., pag. 84.

⁹⁹ L. FILISTRUCCHI ET AL., *Market definition in two-sided markets: Theory and practice*, op. cit., pag. 322. Sembrerebbe poter leggersi in senso analogo quanto affermato dalla Autorité de la concurrence, nella propria indagine di settore sull’intermediazione pubblicitaria online, con riferimento ai motori di ricerca. Rispetto a questi ultimi, a parere dell’Autorità, l’analisi concorrenziale potrebbe limitarsi al solo lato della raccolta pubblicitaria. Sul punto v. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Opinion No 10-A-29 of 14 December 2010 on the competitive operation of online advertising*, 2010, par. 180, disponibile al seguente indirizzo: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/10a29_en.pdf>; I. GRAEF, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, op. cit., pag. 84.

¹⁰⁰ *Ibid.* 323.

Facebook, la Commissione UE ha individuato distinti mercati rilevanti per i servizi forniti agli utenti (i.e. applicazioni per la comunicazione tra consumatori per *smartphone*, servizi di *social networking*) e agli intermediari pubblicitari (i.e. intermediazione pubblicitaria *online*)¹⁰¹. A ben vedere, quindi, l'analisi della Commissione UE è in linea con l'approccio indicato da *Filistrucchi et al.* con riferimento alle piattaforme *non-transaction*, in quanto non è stato definito un unico mercato o viceversa l'analisi non si è limitata al solo lato dell'intermediazione pubblicitaria¹⁰².

3.3. ASSENZA DI CORRISPETTIVI MONETARI

Come sopra visto una delle caratteristiche delle piattaforme online, o meglio dei mercati a doppio versante, è rappresentato dal fatto che generalmente gli oneri del servizio sono sostenuti principalmente da un solo gruppo di utenti (e.g. inserzionisti pubblicitari), mentre la partecipazione di un altro gruppo (e.g. gli utenti) è subordinato al pagamento di un corrispettivo in forma ridotta o addirittura di nessun corrispettivo. È questo il caso delle piattaforme il cui finanziamento poggia principalmente sulle inserzioni pubblicitarie e che pertanto impongono il pagamento di un corrispettivo solamente in capo agli inserzionisti, essendo invece libero l'accesso per gli utenti finali.

Sotto quest'ultimo profilo ci si chiede se, nel contesto di un mercato multiversante, il versante della piattaforma in cui il servizio è offerto gratuitamente possa essere considerato (parte di un) un mercato. Tale interrogativo sorge in ragione di alcune prassi nazionali secondo cui un versante in cui i servizi vengono offerti gratuitamente non rappresenterebbe un mercato

¹⁰¹ COMMISSIONE UE, caso COMP/M.7217, cit., par. 13-83.

¹⁰² I. GRAEF, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, op. cit., pag. 85.

dal momento che difetterebbe lo scambio di un corrispettivo economico, presupposto indefettibile di ogni mercato.

In tal senso si è espressa l'Alta Corte Regionale di Düsseldorf nel caso *HRS*, secondo cui nel momento in cui un servizio è prestato avverso il pagamento di un corrispettivo da parte di un solo versante, essendo invece offerto gratuitamente ad un altro versante, allora è solo il versante “pagante” che può essere associato all'esistenza di un mercato¹⁰³. Anche in dottrina non mancano opinioni secondo cui l'approccio in questione sarebbe giustificato¹⁰⁴.

Invero, l'approccio appena considerato può difficilmente essere condiviso dal momento che appare non considerare alcuni aspetti economici che caratterizzano i mercati multiversante.

In primo luogo, può essere osservato che, in linea con l'adagio “*there ain't no such thing as a free lunch*”¹⁰⁵, sebbene l'utilizzo di un servizio non comporti un effettivo esborso monetario, allo stesso tempo gli utenti potrebbero essere tenuti a pagare per i costi del servizio utilizzando “valute” diverse¹⁰⁶, come prestando la propria attenzione (alle inserzioni pubblicitarie) o mediante la cessione dei loro

¹⁰³ Sentenza dell'Alta Corte Regionale di Düsseldorf del 9 gennaio 2015, causa VI Kart 1/14 (V), par. 43.

¹⁰⁴ Per una ricognizione in materia v. BKARTA, B6-113/15, *Working Paper – Market Power of Platforms and Networks*, cit., pag. 34.

¹⁰⁵ L'origine dell'espressione in parola è sconosciuta, sebbene questa può essere riferita alla pratica dei *saloon* americani di offrire gratuitamente un pranzo ai clienti che avessero consumato almeno una bevanda. Invero, le pietanze erano generalmente molto salate così da costringere i clienti ad ordinare bevande ulteriori. L'espressione in questione è stata poi utilizzata dall'economista Milton Friedman come titolo di una propria opera (M. FRIEDMAN, *There's no such thing as a free lunch*, LaSalle: Open court, 1975).

¹⁰⁶ N. VAN GORP, O. BATURA, *Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy, Study for the ECON Commitee*, 2015, pag. 55, disponibile al seguente indirizzo: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL_STU\(2015\)542235_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL_STU(2015)542235_EN.pdf)>.

dati personali (e.g. molti dei servizi offerti da Google sono forniti gratuitamente in cambio del libero accesso ai dati personali degli utenti)¹⁰⁷.

In secondo luogo, va sottolineato che la scelta di sussidiare un versante del mercato, rendendo così gratuito l'utilizzo di un servizio per un gruppo di utenti, rappresenta una mera scelta commerciale del gestore della piattaforma, e non è invero una circostanza indicativa circa il grado di sostituibilità tra due o più prodotti¹⁰⁸. Sotto quest'ultimo profilo, come si avrà modo di spiegare nella successiva sezione, al fine di valutare se due prodotti sono fungibili dal lato della domanda, si potrà fare riferimento a fattori qualitativi (non monetari) caratterizzanti i prodotti di cui trattasi (e.g. le funzionalità offerte).

Alla luce di quanto sopra, deve pertanto respingersi l'impostazione che vorrebbe escludere l'esistenza di un mercato, ai sensi antitrust, nel caso in cui un servizio venga offerto gratuitamente ad un gruppo di utenti. Tale conclusione sembrerebbe invero corroborata dalla attuale prassi della Commissione UE che in diverse occasioni ha avuto modo di individuare e analizzare mercati in cui i servizi vengono offerti agli utenti in maniera gratuita (e.g. social network)¹⁰⁹.

4. SSNIP TEST E MERCATI DIGITALI

Fatte le dovute premesse metodologiche circa l'approccio che dovrebbe essere seguito nel momento in cui ci si confronti con un mercato digitale, gioverà ora considerare se gli strumenti correntemente adoperati per perimetrare un mercato

¹⁰⁷ H. KELLY, *Why Gmail and other e-mail services aren't really free*, in *CNN*, 1 aprile 2014, disponibile al seguente indirizzo: <<http://edition.cnn.com/2014/03/31/tech/web/gmail-privacy-problems/>>.

¹⁰⁸ N. VAN GORP, O. BATURA, op. cit., pag. 55.

¹⁰⁹ COMMISSIONE UE, caso COMP/M.7217, cit.; decisione del 6 dicembre 2016, caso M.8124 – *Microsoft/LinkedIn*.

rilevante possano essere impiegati *sic et simpliciter* nel contesto delle piattaforme digitali o, viceversa, se siano necessari degli aggiustamenti.

Come sopra riportato, la definizione di un mercato rilevante sotto il suo profilo merceologico è generalmente effettuata sulla base del rapporto di sostituibilità tra due o più prodotti, principalmente dal punto di vista della domanda¹¹⁰. A tal fine, si ritiene lo strumento principe sia il c.d. SNNIP test.

Ad ogni modo, dal momento che lo SNNIP test è diviso per essere impiegato nel contesto di mercati tradizionali – in cui l’utilizzo di un servizio o l’acquisto di un bene è subordinato al pagamento di un corrispettivo monetario dell’utente in favore del fornitore – questo dovrebbe essere utilizzato con particolare cautela in quei mercati ove il prezzo non è il criterio principale rispetto al quale l’utente determina il proprio comportamento di acquisto, così come avviene nei mercati digitali. In altri termini, lo SNNIP test non sembrerebbe essere di per sé particolarmente adatto in quei casi in cui il corrispettivo pagato non sia quantificabile in termini prettamente monetari (e.g. dati personali, o anche la mera attenzione dell’utente)¹¹¹. Ciò si verifica ad esempio nel caso dei *social network* (e.g. Facebook), in cui gli utenti usufruiscono del servizio senza il pagamento di un corrispettivo monetario.

Sulla base di quanto appena espresso sono due le possibilità: (a) utilizzare strumenti di definizione del mercato alternativi, o (b) adeguare lo SSNIP test al fine di renderlo utilizzabile nel contesto dei mercati digitali.

Per ciò che riguarda l’ipotesi *sub* (a), sebbene lo SSNIP test sia ritenuto uno dei primari strumenti per definire il mercato rilevante, questo non rappresenta in ogni circostanza l’unico e il più adeguato di tali strumenti utilizzabili per definire il

¹¹⁰ A. JONES, B. SUFRIN, *EU competition law: text, cases, and materials*, Oxford (2016), pag. 59.

¹¹¹ A. GEBICKA, A. HEINEMANN, *Social Media & Competition Law*, in *World Competition*, 37, 2 (2014), pag. 157.

mercato rilevante¹¹². Anzi, uno studio risalente al 2003 ha evidenziato che la Commissione UE ha invero utilizzato questo strumento solamente nell'11% dei casi in cui è stata chiamata a definire dei mercati rilevanti¹¹³. Le autorità di concorrenza e regolamentazione devono pertanto essere libere di scegliere caso per caso quale sia lo strumento in grado di meglio definire il mercato rilevante in questione¹¹⁴.

In alternativa, è possibile optare per un adeguamento dello SSNIP test al contesto dei mercati digitali, partendo dall'assunto che i consumatori possono optare per un prodotto piuttosto che per un altro sulla base di criteri "qualitativi".

Così, ad esempio, i consumatori utilizzano *Facebook* anche in ragione della sua "affidabilità": sono rari i casi in cui il servizio è indisponibile (e.g. per manutenzione), così come sono relativamente infrequenti problematiche legate alla protezione del profilo di ciascun utente (e.g. furto di identità e dati sensibili da parte di *hacker*) e l'interfaccia del sito è particolarmente usufruibile dagli utenti¹¹⁵.

Alla luce di tale circostanza, si potrebbe optare per una versione alternativa dello SSNIP test che, anziché prendere in considerazione un piccolo ma significativo aumento di carattere permanente del prezzo del prodotto, si basi su "una piccola ma significativa diminuzione della qualità del prodotto" (c.d. SSNDQ test, acronimo inglese per "*small but significant non-transitory decrease in*

¹¹² Questa circostanza è infatti chiarita nella Comunicazione sul mercato rilevante dove, al par. 15, esplicitamente si afferma che lo SSNIP test è solo "[u]na delle tecniche per compiere tale analisi".

¹¹³ COPENAGHEN ECONOMICS, *The internal market and the relevant geographical market*, 2003, pag. 7.

¹¹⁴ "Vi è tutta una serie di elementi che permettono di valutare fino a che punto si verificherebbe effettivamente un processo di sostituzione [...]. La Commissione è disposta a prendere in considerazione tutti i dati empirici e si propone di utilizzare nel modo più efficace tutte le informazioni disponibili che siano pertinenti nel caso in esame" (Comunicazione sul mercato rilevante, par. 25).

¹¹⁵ A. GEBICKA, A. HEINEMANN, op. cit., pag. 158.

quality”)¹¹⁶. Si tratterebbe quindi di valutare se un monopolista possa ipoteticamente diminuire la qualità del prodotto offerto e ciò sia comunque profittevole.

Così, ad esempio, l’applicazione dello SSNDQ test nel caso di *Facebook* potrebbe consistere nel verificare se un decremento della qualità del servizio – nella forma di frequenti impossibilità di accedere al sito web, interruzioni improvvise del servizio, furto delle identità degli utenti, o richieste particolarmente invadenti di informazioni sensibili – porterebbe gli utenti a passare ad altri *social network* (e.g. *Twitter* o *Google Plus*). Al fine di valutare se tale diminuzione della qualità sia profittevole o meno per *Facebook* si potrà andare a considerare, da un lato, che lo scadimento qualitativo in questione potrebbe essere posto in essere al fine di contenere le spese di manutenzione e gestione del sito, e, dall’altro, che l’eventuale migrazione di utenti verso altri comporterebbe minori introiti per la piattaforma (e.g. in termini di mancato acquisto di spazi pubblicitari)¹¹⁷. Sicché, nel momento in cui le perdite derivanti dalla minore base utenti saranno maggiori rispetto ai risparmi di costi di gestione conseguiti, per *Facebook* non sarebbe profittevole operare questa diminuzione qualitativa del proprio servizio.

L’applicazione dello SSNDQ non è relegata alla mera sfera teorica avendo trovato invero applicazione pratica. Tale test è infatti stato impiegato nel caso *Tencent vs. Qihoo*¹¹⁸, dove la Suprema Corte del Popolo (cinese) ha evidenziato come in relazione al mercato dei servizi di messaggistica istantanea, offerti in maniera gratuita agli utenti, l’utilizzo del tradizionale SSNIP test è limitato. Ciò

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Supreme People Court of P.R. China Civil Judgment No. Minsanzhongzi 4/2013. Per una disamina del caso si veda D. EVANS, V. YANHUA ZHANG, *Qihoo 360 v Tencent: First Antitrust Decision by The Supreme Court*, in *Competition Policy International*, 21 ottobre 2014, disponibile al seguente indirizzo: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/qihoo-360-v-tencent-first-antitrust-decision-by-the-supreme-court/>>.

in quanto, quando il prezzo di un prodotto è pari a 0, un aumento del 5-10% risulterebbe comunque nullo¹¹⁹. Per contro, la Suprema Corte del Popolo ha ritenuto che con riferimento ai mercati in parola, al fine di misurare il grado di sostituibilità tra due prodotti, si possa fare ricorso anche a strumenti alternativi come lo SSNDQ test.

5. CONCLUSIONI

Le peculiarità dei *business model* adoperati dalle piattaforme digitali pongono nuovi interrogativi sia sotto il profilo antitrust che regolamentare. In particolare, la circostanza che tali piattaforme operino su mercati multiversante, spesso offrendo i loro servizi agli utenti in modo del tutto gratuito, richiede che l'approccio metodologico e gli strumenti adoperati dalle autorità di concorrenza e di regolamentazione nel contesto dei mercati tradizionali debbano essere adeguati, o quantomeno applicati in maniera ragionata.

Tale ultima considerazione se, da un lato, dimostra che l'approccio adoperato dalle summenzionate autorità sia sufficientemente flessibile per essere adattato al nuovo contesto dei mercati digitali, dall'altro, è foriera di incertezze operative.

Come visto, non vi è consenso circa il grado in cui il carattere multiversante di un mercato debba informare l'analisi concorrenziale dello stesso. Ancora, sebbene lo SSNIP test possa essere adeguato al fine di poter essere applicato anche in mercati caratterizzati dall'assenza di flussi monetari, allo stesso tempo non è chiaro che tipo di decadimento qualitativo debba essere considerato

¹¹⁹ D. STALLIBRASS, S. PANG, *Clash of Titans: How China Disciplines Internet Markets*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 6, 6 (2015), pag. 419.

nell'applicare lo SSNDQ test. Mentre, infatti, il concetto di aumento del prezzo è oggettivo, altrettanto non si può dire della diminuzione qualitativa di un servizio.

Si tratta di incertezze operative che verranno probabilmente superate con il passare del tempo, in virtù della sempre maggiore dimestichezza che le autorità di concorrenza e di regolamentazione svilupperanno nel contesto dei mercati digitali. Allo stesso tempo però dovrà evitarsi un eccessivo irrigidimento della prassi di tali autorità, soprattutto per ciò che concerne la definizione dei mercati rilevanti. Come visto, infatti, i mercati digitali sono particolarmente dinamici, pertanto, le autorità di concorrenza e di regolamentazione dovrebbero fare riferimento alle definizioni dei mercati precedentemente effettuate con particolare cautela.

In conclusione, se, da un lato, è necessario che l'approccio adoperato dalle autorità in parola mantenga una sua coerenza nel tempo, anche al fine di meglio orientare le condotte degli operatori; dall'altro lato, tali autorità dovranno far uso dei precedenti con particolare cautela e, anzi, dovranno perimetrare nuovi mercati rilevanti allorquando il mutato contesto tecnologico-concorrenziale lo imponga.

CAP. 3 – PIATTAFORME DIGITALI ED INTESE ANTICONCORRENZIALI

1. INTRODUZIONE

Una volta chiariti i frastagliati contorni del concetto di piattaforma digitale¹²⁰, ed aver illustrato l'approccio metodologico da adoperare qualora ci si trovi ad applicare la normativa antitrust rispetto ad operatori della *new economy*¹²¹, nella presente sezione si cercheranno di individuare le potenziali condotte anticoncorrenziali riferibili alle piattaforme digitali e rientranti nel perimetro applicativo dell'art. 101 TFUE. Come noto, la previsione da ultimo citata stabilisce un divieto nei confronti di accordi e pratiche concordate tra imprese, nonché di decisioni di associazioni di imprese, che abbiano per oggetto o per effetto la restrizione della concorrenza nel mercato comune.

Nel prosieguo ci si focalizzerà pertanto nell'analizzare, partendo dalla casistica sviluppatasi in materia, le problematiche collegate all'applicazione dell'art. 101 TFUE nello specifico contesto delle piattaforme digitali. A tal proposito, si farà particolare riferimento a talune clausole, dalla portata apparentemente anticoncorrenziale, sempre più frequentemente utilizzate dagli operatori in merito all'utilizzo diretto (i.e. da parte del fornitore) o indiretto (i.e. da parte dei distributori) delle piattaforme digitali, nonché al possibile ruolo che tali piattaforme possono assumere nell'attuazione delle intese anticoncorrenziali.

¹²⁰ V. *supra* Cap. 1.

¹²¹ V. *supra* Cap. 2.

2. CLAUSOLE ANTICONCORRENZIALI E MERCATI DIGITALI

2.1. NUOVE PRIORITÀ DI ENFORCEMENT

La sempre maggior rilevanza delle piattaforme digitali non ha avuto solo un impatto sulle abitudini di acquisto dei consumatori, ma ha anche comportato una ridefinizione delle priorità di *enforcement* delle autorità di concorrenza.

Sono infatti numerose le iniziative delle autorità antitrust finalizzate a meglio comprendere le dinamiche competitive legate al fenomeno dei mercati digitali, nonché le questioni pratiche riguardanti l'applicazione e l'interpretazione della normativa antitrust nel settore del commercio elettronico (e.g. la legittimità delle restrizioni verticali generalmente previste nei rapporti tra operatori operanti ad un diverso livello della catena produttiva/distributiva).

A tal proposito, possono citarsi le iniziative di diverse organizzazioni internazionali (e.g. il progetto dell'*International Competition Network* sulle restrizioni verticali nei mercati digitali¹²², la tavola rotonda organizzata dall'OCSE sulla medesima tematica¹²³); nonché l'impegno, trasfuso in appositi documenti programmatici e di indirizzo, di alcune autorità nazionali di concorrenza a far rientrare il settore del commercio elettronico tra le proprie priorità di *enforcement*¹²⁴ anche mediante lo studio delle restrizioni

¹²² INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, *Online Vertical Restraints Special Project Report*, 2015, disponibile al seguente indirizzo: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1070.pdf>>.

¹²³ OCSE, *Vertical Restraints for On-line Sales - Policy Roundtables*, 2013, disponibile al seguente indirizzo: <<http://www.oecd.org/competition/VerticalRestraintsForOnlineSales2013.pdf>>.

¹²⁴ Ad esempio, nel piano annuale per il 2016/2017 della Competition and Market Authority (autorità nazionale di concorrenza inglese) i mercati online e digitali rientrano tra le aree di intervento dell'autorità, il documento è disponibile al seguente indirizzo:

concorrenziali caratterizzanti tali mercati¹²⁵. In tale contesto si inserisce altresì la recente indagine avviata dalla Commissione UE nel settore del commercio elettronico¹²⁶.

Oltre ad essere al centro degli sforzi programmatici o di studio delle autorità di concorrenza, le restrizioni verticali nei mercati digitali sono sempre più spesso oggetto delle attività di *enforcement* (in senso stretto) delle medesime autorità.

<https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/508136/AP2016-17-final_PRINT.pdf>; la stessa Autoriteit Consument & Markt (autorità nazionale di concorrenza olandese) ha altresì indicato tra le proprie priorità di *enforcement* l'analisi dei mercati digitali e l'accesso dei consumatori a tali mercati, maggiori informazioni a riguardo sono disponibili ai seguenti indirizzi <<https://www.acm.nl/en/about-acm/mission-vision-strategy/our-agendas/2016-2017-acm-agenda-/digitization--online-consumers-/>> e <<https://www.acm.nl/en/publications/publication/14226/ACMs-strategy-and-enforcement-priorities-with-regard-to-vertical-agreements/>>

¹²⁵ Nel 2013, il Bundeskartellamt (autorità nazionale di concorrenza tedesca) ha dato vita ad un gruppo di lavoro sulle restrizioni verticali nell'economia digitale al fine di discutere le risultanze contenute in un documento di lavoro all'uopo predisposto ("Vertical Restraints in the Internet Economy, Meeting of the Working Group on Competition Law") disponibile al seguente indirizzo:

<http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapiere/Vertical%20Restraints%20in%20the%20Internet%20Economy.pdf?__blob=publicationFile&v=2>. Nel 2012, l'Autorité de la concurrence (autorità nazionale di concorrenza francese) ha pubblicato le risultanze della propria indagine di settore nel commercio elettronico, maggiori informazioni sono disponibili al seguente indirizzo: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=418&id_article=1969>. La stessa Autorité de la concurrence, nel maggio 2016, ha dato avvio ad una indagine di settore nel mercato pubblicitario online, i cui esiti dovrebbero essere pubblicati nel 2017, maggiori informazioni sono disponibili al seguente indirizzo: <<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=16SOA02>>.

¹²⁶ L'indagine della Commissione UE, avviata il 6 maggio 2015, nel contesto della strategia per il mercato unico digitale (DSM), era finalizzata ad individuare potenziali criticità concorrenziali sui mercati europei del commercio elettronico. In particolare, la Commissione UE ha raccolto i dati di circa 1.800 operatori attivi tali mercati tanto in relazione alla vendita di beni (e.g. dispositivi elettronici e vestiario) che di contenuti digitali, ed ha esaminato circa 8.000 contratti di distribuzione. Il 15 settembre 2016, la Commissione UE ha pubblicato una relazione preliminare in cui sono illustrate le risultanze di tale indagine, la stessa relazione è stata poi oggetto di una consultazione pubblica che si è chiusa il 18 novembre 2016. La relazione finale della Commissione UE sarà pubblicata nel primo semestre del 2017. Maggiori informazioni circa l'indagine di settore della Commissione UE sono disponibili al seguente indirizzo: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiries_e_commerce.html>.

Copiosa è infatti la casistica antitrust che negli ultimi anni si è sviluppata, sia a livello nazionale che sovranazionale, sui mercati digitali.

In particolare, a livello nazionale¹²⁷, risulta particolarmente attivo il Bundeskartellamt che ha avviato una serie di procedimenti nei confronti di diversi produttori in merito alle restrizioni da questi imposte, in capo ai propri distributori, rispetto alla vendita e alla promozione via internet dei beni contrattuali (e.g. Adidas¹²⁸, Asics¹²⁹). Inoltre, come si vedrà meglio di seguito, recentemente alcune autorità di concorrenza hanno unito i propri sforzi al fine di verificare alla potenziale portata anticompetitiva delle c.d. clausole *Most Favoured Nation* (di seguito “MFN”) contenute nei contratti standard intercorrenti tra strutture alberghiere e piattaforme ondigitali ne di prenotazione,

¹²⁷ Per una panoramica della casistica a livello nazionale in tema di restrizioni verticali nella distribuzione online, v. A. FRIGNANI, A. SONNATI, *La distribuzione via internet nell’Unione europea prima e dopo il Regolamento 330/2010: i giudici hanno compreso l’economia di internet?*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 3 (2016), pag. 627.

¹²⁸ Nel caso in questione, ad esempio, il Bundeskartellamt ha esaminato il sistema di distribuzione selettiva impiegato da Adidas, in forza del quale era fatto divieto ai distributori selezionati di vendere i loro prodotti attraverso piattaforme di e-commerce (e.g. eBay e Amazon Market Place). Il procedimento si è concluso a seguito della proposta di Adidas di modificare le proprie condizioni di vendita prevedendo la possibilità per i distributori di poter far ricorso alle piattaforme di e-commerce per la vendita dei prodotti, nonché di utilizzare termini associati al brand Adidas per il *keyword advertising* su motori di ricerca (e.g. Google AdWords). Maggiori informazioni relative al caso sono disponibili al seguente indirizzo: <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2014/B3-137-12.pdf?__blob=publicationFile&v=2>.

¹²⁹ Nel caso in questione il Bundeskartellamt ha dichiarato non conforme alla normativa antitrust il sistema distributivo Asics, in forza del quale era vietato ai distributori di utilizzare il marchio Asics per la realizzazione di campagne pubblicitarie su siti di terzi parti, nel divieto di utilizzare siti di comparazione dei prezzi per la promozione delle vendite; nonché pubblicizzare e vendere i prodotti a marchio Asics mediante piattaforme di terze parti. Maggiori informazioni relative al caso sono disponibili al seguente indirizzo: <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2016/B2-98-11.pdf?__blob=publicationFile&v=2>. Va infine rilevato che la decisione del Bundeskartellamt è attualmente oggetto di appello dinanzi l’Alta Corte Regionale di Düsseldorf.

come Booking ed Expedia¹³⁰.

Per ciò che concerne la Commissione UE, recentemente quest'ultima ha avviato tre diversi procedimenti per presunte violazioni concorrenziali nel settore dell'e-commerce¹³¹. Oggetto di esame da parte della Commissione EU sono: (a) una possibile intesa tra produttori di elettronica di consumo (*Asus, Denon & Marantz, Pioneer e Philip*) tesa a limitare la possibilità dei rivenditori online a determinare liberamente i propri prezzi di vendita¹³²; (b) i contratti bilaterali intercorrenti tra la società *Valve Corporation*, proprietaria della piattaforma di distribuzione di videogiochi *Steam*, e cinque *software house*, che sembrerebbero prevedere delle misure di geo-blocco a danno dei consumatori¹³³; (c) gli accordi conclusi tra i maggiori tour operator europei (*Kuoni, REWE, Thomas Cook, TUI*) e gli hotel appartenenti ad una catena alberghiera (*Meliá Hotels*), che apparentemente conterrebbero delle clausole operanti delle discriminazioni tra gli utenti in ragione della loro nazionalità o paese di residenza, impedendo così ai consumatori intenzionati a prenotare online una stanza di albergo di vedere le reali disponibilità di una struttura alberghiera, o prenotare le stanze al miglior prezzo possibile¹³⁴.

Va inoltre dato conto del procedimento istruttorio avviato nel gennaio 2014 dalla Commissione UE, in merito alla presunta portata anticoncorrenziale di alcune clausole contenute nei contratti di licenza conclusi da varie emittenti televisive a

¹³⁰ Per una puntuale ricostruzione degli sforzi di coordinamento delle autorità di concorrenza coinvolte nei casi in questione, v. G. CIPOLLA, *Hotel Online Booking Sector: the commitments of 'Booking' and the most favored nation clauses. a case conducted in cooperation with other national competition authorities*, in *Rivista Italiana di Antitrust / Italian Antitrust Review*, 3, 1 (2015), pag. 175-180.

¹³¹ Comunicato stampa disponibile al seguente indirizzo: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-201_en.htm>.

¹³² COMMISSIONE UE, casi AT.40465 (*Asus*), AT.40469 (*Denon & Marantz*), AT.40181 (*Philips*), AT.40182 (*Pioneer*) – *Vertical restraints*.

¹³³ COMMISSIONE UE, casi AT.40413 (*Focus Home*), AT.40414 (*Koch Media*), AT.40420 (*ZeniMax*), AT.40422 (*Bandai Namco*), AT.40424 (*Capcom*) – *Video Games - Vertical restraints*.

¹³⁴ COMMISSIONE UE, caso AT.40308 – *Holiday pricing*.

pagamento, tra cui *Sky UK Limited* (di seguito “**Sky UK**”), e alcune delle principali case cinematografiche statunitensi (e.g. *Disney, NBC Universal, Sony, Twentieth Century Fox, Warner Bros*). Nel dettaglio, secondo la Commissione UE, tali clausole imporrebbero a Sky UK di bloccare l’accesso ai film, tramite i propri servizi di pay-TV on line o satellitare, ai consumatori situati al di fuori del territorio coperto dalla licenza (Regno Unito e Irlanda), altre imporrebbero invece agli studi cinematografici di accertarsi che nei loro accordi di licenza con emittenti diverse da Sky UK sia impedito a tali emittenti di offrire i loro servizi di pay-TV a consumatori residenti nel Regno Unito e in Irlanda¹³⁵. A parere della

¹³⁵ COMMISSIONE UE, caso AT.40023 — *Accesso transfrontaliero ai servizi televisivi a pagamento*, decisioni del 13 gennaio 2014 e del 26 luglio 2016. Nel contesto della decisione da ultimo menzionata, lo studio cinematografico ha proposto una serie di impegni, accettati e resi obbligatori dalla Commissione UE; essenzialmente consistenti nell’astenersi dall’inserire nei futuri contratti di licenza delle obbligazioni contrattuali simili a quelle oggetto di contestazione da parte della Commissione UE e, al contempo, non onorare o comunque non far valere giudizialmente le medesime clausole inserite nei contratti di licenza in essere con le emittenti televisive. Il caso in esame ha ad oggetto le c.d. clausole di geo-blocco (o geo-blocking). Con tale ultimo termine ci si riferisce a tutte quelle misure tecniche attraverso le quali i dettaglianti o i fornitori di servizi impediscono (o rendono particolare costoso) agli acquirenti di acquistare beni di consumo o di accedere ai contenuti digitali a causa del luogo in cui si trovano gli stessi acquirenti o del loro paese di residenza. Rientrano in questa nozione anche quelle misure che comportino il reindirizzamento di un consumatore da un sito web collocato in uno Stato membro ad un analogo sito web collocato nello Stato membro di appartenenza o di residenza dello stesso consumatore, senza che quest’ultimo abbia prestato il proprio consenso (c.d. *redirecting*). È evidente che le misure di geo-blocco, sebbene in alcuni casi possano essere impiegate a vantaggio dei consumatori (e.g., al fine di facilitare l’esperienza di acquisto di un consumatore, questo potrebbe essere reindirizzato alla versione di uno stesso sito web localizzato nella propria lingua madre), frappongono delle barriere agli acquisti transfrontalieri dei consumatori. La stessa Commissione UE ha infatti avuto modo di stimare che il 53% dei cittadini europei effettua acquisti tramite Internet, ma solo il 16% utilizza tale canale per effettuare acquisti transfrontalieri (COMMISSIONE UE, *Commission Staff Working Document, Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on addressing geo-blocking and other forms of discrimination based on place of residence or establishment or nationality within the single market*, SWD(2016) 173, 2016, pag. 8.). Si tratta con tutta evidenza di cifre che si scontrano con il generale intento della Commissione UE di dare vita ad un mercato unico europeo. La Commissione UE ha da sempre infatti tentato di raggiungere tale obiettivo con tutti i mezzi a propria disposizione. Così, ad esempio, il diritto antitrust è stato da sempre utilizzato dalla Commissione UE per contrastare le pratiche degli operatori tese a compartimentare il mercato unico lungo i confini nazionali, ad esempio con riferimento a quegli accordi di distribuzione con cui un fornitore impedisca ai propri distributori

Commissione UE, tali clausole avrebbero quindi una portata anticoncorrenziale dal momento che queste sono finalizzate a proibire o limitare la vendita passiva (i.e. effettuata a seguito di una richiesta non sollecitata di un consumatore) transfrontaliera di servizi di pay-TV, peraltro fornendo una esclusiva territoriale assoluta a Sky UK in relazione ai contenuti a questa concessi in licenza dagli studi cinematografici.

Ancora, nel giugno 2015, la Commissione UE ha altresì avviato un procedimento teso ad esaminare i contratti di distribuzione intercorrenti tra Amazon e gli editori di e-book; il sospetto della Commissione UE è che in forza di tali accordi gli editori siano obbligati ad informare Amazon circa eventuali condizioni contrattuali più favorevoli/alternative applicate ai concorrenti della medesima piattaforma e/o offrire ad Amazon condizioni simili, o comunque altrettanto favorevoli, di quelle praticate agli stessi concorrenti¹³⁶. Attualmente, la Commissione UE ha sottoposto a *market test* gli impegni proposti da *Amazon* al fine di far venir meno le criticità concorrenziali evidenziate dalla stessa Commissione UE¹³⁷.

dall'effettuare vendite, anche per il tramite di Internet, al di fuori dei singoli Stati membri in cui questi sono attivi (Orientamenti, par. 53 e ss.). Per una analisi delle tematiche connesse alle misure di geo-blocco e ai possibili rimedi regolamentari si v. G. MONTI, G. COELHO, *Geo-Blocking Between Competition Law And Regulation*, in *Antitrust Chronicle*, 1, 1 (2017); P. IBÁÑEZ COLOMO, *Copyright Licensing and the EU Digital Single Market Strategy*, in *LSE Legal Studies Working Paper*, 19/2015 (2015), disponibile al seguente indirizzo: <<https://ssrn.com/abstract=2697178>>.

¹³⁶ COMMISSIONE UE, caso AT.40143 — *E-book MFNs and related matters*. Per maggiori informazioni sul caso è possibile consultare il relativo comunicato stampa, disponibile al seguente indirizzo: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5166_en.htm>.

¹³⁷ COMMISSIONE UE, *Comunicazione della Commissione pubblicata conformemente alle disposizioni di cui all'articolo 27, paragrafo 4, del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio in relazione al caso AT.40153 — Clausole MFN per gli e-book e questioni correlate*, in GU C 26 del 26 gennaio 2017, pag. 2.

3. VENDITE ONLINE: QUADRO NORMATIVO APPLICABILE E CARATTERISTICHE EMERGENTI

3.1. QUADRO NORMATIVO APPLICABILE

Generalmente l'esame delle problematiche concorrenziali caratterizzanti i mercati digitali e quelli tradizionali viene effettuato mediante l'impiego della medesima metodologia di analisi¹³⁸.

Ad ogni modo, non si può sottacere il fatto che le vendite effettuate nel contesto dei mercati digitali posseggano delle caratteristiche peculiari. Di tale circostanza era consapevole la Commissione UE che nei propri Orientamenti sulle restrizioni verticali (nel prosieguo "**Orientamenti**")¹³⁹ dedica particolare attenzione nell'illustrare le modalità di applicazione del Regolamento di esenzione in materia di accordi verticali (nel prosieguo "**Regolamento**")¹⁴⁰.

In particolare, nel fornire le indicazioni circa la portata applicativa della *blacklist* di cui all'art. 4 del Regolamento, la Commissione ha riconosciuto che "*Internet rappresenta uno strumento straordinario per raggiungere clienti più numerosi e diversificati rispetto a quanto avverrebbe utilizzando solo metodi di vendita più tradizionali*"¹⁴¹. In altri termini, il canale telematico permette ai distributori la possibilità di ampliare significativamente la propria sfera di attività, così consentendo ai consumatori finali di poter accedere a beni e/o servizi che altrimenti non sarebbero accessibili tramite i canali di vendita tradizionali. Da

¹³⁸ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, *Online Vertical Restraints Special Project Report*, cit., pag. 26.

¹³⁹ COMMISSIONE UE, *Comunicazione della Commissione del 10 maggio 2010: orientamenti sulle restrizioni verticali*, in GU C 130 del 19 maggio 2010, pag. 1.

¹⁴⁰ COMMISSIONE UE, *Regolamento (UE) n. 330/2010 del 20 aprile 2010 relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate*, in GU L 102 del 23 aprile 2010, pag. 1.

¹⁴¹ Orientamenti, par. 52.

tale considerazione, la Commissione UE fa derivare che alcune restrizioni relative all'utilizzo di internet debbano essere considerate delle restrizioni *hardcore* ai sensi dell'art. 4 del Regolamento.

Così, un fornitore non può generalmente limitare la possibilità per il distributore appartenente alla propria rete di avvalersi del canale di vendita via internet¹⁴². Pertanto, quelle clausole, mediante le quali un fornitore ponga un divieto *tout court* a un proprio distributore di avvalersi del canale online per la rivendita dei beni/servizi contrattuali, debbono essere ritenute alla stregua restrizione anticoncorrenziale di tipo *hard-core* e, pertanto, non ricadono nel *safe-harbour* previsto dal Regolamento¹⁴³. Analogamente rientrano nel divieto appena analizzato, quelle restrizioni equivalenti ad un divieto assoluto di effettuare vendite online, ossia quelle clausole che siano volte a limitare o rendere più difficoltoso il ricorso ad internet.

Il carattere anticoncorrenziale di un divieto assoluto alle vendite online è stato affermato a livello giurisprudenziale dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea (di seguito "**Corte di Giustizia**") nel caso *Pierre Fabre*¹⁴⁴. In quella occasione, la Corte d'Appello di Parigi aveva sollevato una questione pregiudiziale in merito alla legittimità di una clausola in forza della quale un fornitore di prodotti cosmetici e per l'igiene personale imponeva ai propri distributori (nel contesto di un sistema di distribuzione selettiva) che la vendita dei prodotti contrattuali fosse effettuata esclusivamente in uno spazio fisico, con la presenza obbligatoria di un laureato in farmacia, così escludendo di fatto la possibilità di effettuare tutte le

¹⁴² *Ibid.* Ad ogni modo, un distributore sarà libero di decidere di non far entrare nella propria rete operatori attivi solamente su internet (c.d. operatori *pure player*).

¹⁴³ "In linea di principio, a qualsiasi distributore deve essere consentito di utilizzare Internet per vendere prodotti" (Orientamenti, par. 52).

¹⁴⁴ CORTE DI GIUSTIZIA, sentenza del 13 ottobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c. Président de l'Autorité de la concurrence e Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*, C-439/09, EU:C:2011:649.

forme di vendita via internet¹⁴⁵. La Corte di Giustizia, dando atto della particolare utilità che un distributore è in grado di trarre dai canali di distribuzione online¹⁴⁶, aveva altresì notato che per la vendita di prodotti come quelli in questione (il cui acquisto non era soggetto ad una prescrizione medica) la necessità di fornire una consulenza personalizzata al cliente, nonché di assicurare la tutela del medesimo contro un utilizzo non corretto di prodotti, così come l'obiettivo di preservare l'immagine di prestigio non potevano rappresentare finalità legittime per restringere la concorrenza e quindi giustificare una clausola come quella in parola¹⁴⁷.

Allo stesso tempo, secondo gli Orientamenti, è da considerarsi in contrasto con l'art. 101 TFUE un accordo con cui il distributore (esclusivo): (a) impedisca a clienti situati in un altro territorio (esclusivo) di visualizzare il proprio sito internet o quest'ultimo reindirizzi automaticamente i clienti verso il sito del produttore o di altri distributori (esclusivi)¹⁴⁸; (b) interrompa le transazioni dei consumatori via internet una volta accertato mediante i dati delle loro carte di pagamento che questi non risiedono nel territorio assegnato al distributore in questione; (c) limiti la proporzione delle vendite complessive fatte via Internet¹⁴⁹;

¹⁴⁵ CORTE DI GIUSTIZIA, C-439/09, cit., par. 14.

¹⁴⁶ “[L]a clausola contrattuale in esame, escludendo, di fatto, una modalità di commercializzazione di prodotti che non richiede lo spostamento fisico del cliente, riduce considerevolmente la possibilità per un distributore autorizzato di vendere i prodotti oggetto del contratto a clienti situati al di fuori del suo territorio contrattuale o della sua zona di attività.” (CORTE DI GIUSTIZIA, C-439, cit., par. 38).

¹⁴⁷ CORTE DI GIUSTIZIA, C-439/09, cit., par. 43-46.

¹⁴⁸ Tale previsione non esclude comunque la possibilità di concordare che il sito Internet del distributore in questione offra anche una serie di link ai siti Internet di altri distributori e/o del fornitore.

¹⁴⁹ Tale previsione non esclude comunque la possibilità il fornitore richieda, senza limitare le vendite on-line del distributore, che l'acquirente venda off-line almeno una data quantità assoluta (in valore(volume) dei prodotti al fine di garantire una gestione efficiente del proprio punto vendita fisico. Tale quantità assoluta di vendite da effettuarsi tramite canali off-line potrà essere la stessa per tutti gli acquirenti o essere determinata a livello individuale per ogni singolo acquirente alla luce di criteri oggettivi (e.g. dimensioni dell'acquirente nella rete o la sua ubicazione geografica).

(d) paghi un prezzo più elevato per i prodotti destinati ad essere rivenduti tramite Internet dal distributore¹⁵⁰ rispetto ai prodotti destinati a essere rivenduti off-line (c.d. *dual pricing*)¹⁵¹.

Ciò detto, è invece possibile per un fornitore stabilire degli standard qualitativi a carico rispetto all'attività on-line del distributore, a condizione che tali standard siano in linea con quelli previsti con la distribuzione fisica, e purché queste limitazioni siano basate su ragioni oggettive e non siano talmente gravose da rendere di fatto impossibile l'accesso al canale virtuale per il distributore¹⁵².

3.2. SPECIFICITÀ DELLE VENDITE ONLINE

Sulla base degli ultimi sviluppi in tema di commercio elettronico, è possibile osservare come le vendite online sarebbero sempre più caratterizzate da tre caratteristiche peculiari, ossia la: (a) servizzazione ("*service-isation*"), (b) depassivizzazione ("*de-passivation*"); e (c) piattaformaizzazione ("*platformisation*")¹⁵³.

Con riferimento alla *service-isation*, quest'ultima rappresenta il passaggio da un'economia del possesso, ovverosia un modello di business in cui la circolazione dei beni avviene sulla base della cessione permanente della loro proprietà, ad una un'economia dell'accesso, ove i consumatori si limitano ad

¹⁵⁰ Tale previsione non esclude comunque la possibilità che il fornitore possa concordare con l'acquirente un compenso fisso per sostenere gli sforzi di vendita off-line o on-line dell'acquirente.

¹⁵¹ Orientamenti, par. 52.

¹⁵² *Id.*, par. 54. Sul punto v. V. AURICCHIO ET AL., *Gli accordi di distribuzione commerciale nel diritto della concorrenza*, Padova (2013), pag. 387 e ss.

¹⁵³ J. HEDERSTRÖM, L. PEEPERKORN, *Vertical Restraints in On-line Sales: Comments on Some Recent Developments*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 7, 1 (2015), pag. 15-18. Nel prosieguo della trattazione si utilizzeranno i termini in lingua inglese originariamente adoperati dagli Autori.

acquistare (temporaneamente) l'accesso ad un servizio.¹⁵⁴ La peculiarità in questione è foriera di nuovi interrogativi per le autorità di concorrenza soprattutto per ciò che concerne la definizione dei mercati rilevanti. Tale operazione richiede, infatti, particolare attenzione nel momento in cui i mercati oggetto di esame appartengano al reame digitale. È illustrativa di tale circostanza il diverso approccio definitorio adoperato dalle autorità di concorrenza coinvolte nei casi relativi alle clausole MFN nel settore delle prenotazioni alberghiere.

In particolare, nella propria analisi l'autorità di concorrenza inglese ha considerato che il mercato interessato fosse quello dell'offerta di stanze in strutture alberghiere, sicché queste ultime avrebbero rivestito il ruolo di fornitore (di stanze) ai consumatori, mentre la piattaforma di prenotazione quello di intermediario/distributore. Diversamente, l'approccio adoperato dalla autorità di concorrenza francese, italiana e svedese sembra invero postulare che le strutture alberghiere siano da considerarsi come acquirenti dei servizi di marketing e prenotazione forniti dalle piattaforme di prenotazione.

Le differenze tra i due approcci definitivi non sono scevre da implicazioni giuridiche. Nel dettaglio, nel caso in cui la piattaforma sia considerata un distributore della struttura alberghiera, allora eventuali restrizioni sugli sconti/prezzi praticati dalla piattaforma potrebbe rappresentare una fattispecie di fissazione verticale dei prezzi; ciò non sarebbe possibile nel caso in cui la piattaforma agisca quale fornitore di servizi di marketing e prenotazione, in quanto non vi sarebbe alcuna rivendita di beni. Peraltro, a seconda dell'impostazione prescelta andrà a variare anche il mercato rilevante rispetto al quale andranno calcolate le quote di mercato della piattaforma di prenotazione ai fini dell'applicazione del Regolamento (i.e. mercato della fornitura all'ingrosso

¹⁵⁴ L'espressione economia dell'accesso è generalmente utilizzata con riferimento alla c.d. *sharing economy*, o economia della condivisione, ossia un modello di business basato sulla condivisione e un riutilizzo di risorse tra utenti (generalmente connessi per il tramite di una piattaforma). Sul punto v. J. RIFKIN, *The age of access: The new culture of hypercapitalism, Where All of Life is a Paid-For Experience*, New York (2000).

di stanze in strutture alberghiere, o quello dell'accesso ai servizi della piattaforma).

Venendo ora alla *de-passivation*, questa è rappresentata dalla circostanza che nuove tecniche di marketing e vendita digitali sembrerebbero porre in discussione l'assunto, su cui si fondano gli Orientamenti, secondo cui l'utilizzo, da parte di un distributore, di un sito internet per vendere i propri prodotti rappresenta una vendita passiva¹⁵⁵, ciò in quanto il consumatore dapprima visita il sito web e poi da tale interazione può potenzialmente scaturire una vendita.

Ciò è particolarmente vero con riferimento a quelle tecniche che permettono di identificare e indirizzarsi a specifici utenti o gruppi di utenti (e.g. *retargeting*, *behavioural targeting* e *fingerprinting*), così aumentando di fatto la possibilità di generare vendite attive. L'interrogativo posto da tali tecniche è se una eventuale restrizione circa l'uso delle stesse (da parte dei distributori) rappresenti una restrizione alle vendite passive o attive. A tal riguardo, sebbene ad oggi sia difficile fornire una risposta univoca a tale quesito, può essere comunque utile considerare che siffatte restrizioni sarebbero, in linea teorica, finalizzate ad impedire ad un distributore di raggiungere uno o più specifici gruppi di utenti e che, pertanto, le stesse rappresentano una restrizione alle vendite attive.

In ultimo, con particolare riferimento alla *platformisation*, tale caratteristica sta ad indicare la sempre maggiore rilevanza delle piattaforme online nel settore delle vendite online. Ciò detto, la prima conseguenza della *platformisation* è

¹⁵⁵ “La risposta ad ordini non sollecitati di singoli clienti, incluse la consegna di beni o la prestazione di servizi a tali clienti. Sono vendite passive le azioni pubblicitarie o promozioni di portata generale che raggiungano clienti all'interno dei territori (esclusivi) o dei gruppi di clienti (esclusivi) di altri distributori, ma che costituiscano un modo ragionevole per raggiungere clienti al di fuori di tali territori o gruppi di clienti, ad esempio per raggiungere clienti all'interno del proprio territorio. Le azioni pubblicitarie o promozioni di portata generale sono considerate un modo ragionevole per raggiungere tali clienti se è interessante per l'acquirente attuare tali investimenti anche se non raggiungono clienti all'interno del territorio (esclusivo) o del gruppo di clienti (esclusivo) di altri distributori?” (Orientamenti, par. 51).

rappresentata dalla circostanza che nei rapporti tra fornitori e piattaforma, è possibile che il potere di mercato passi dai primi alla seconda. Questo comporta che sempre più spesso sia la piattaforma ad imporre restrizioni in capo ai fornitori, piuttosto che il contrario. Tale possibilità è ben illustrata nei casi relativi alle piattaforme per le prenotazioni alberghiere¹⁵⁶.

In secondo luogo, il fenomeno della *platformisation* impone una riflessione del ruolo rivestito dalla piattaforma nel contesto della relazione verticale intercorrente con i fornitori su questa operanti. In particolare, da un lato, la piattaforma potrebbe essere considerata come un normale distributore, il quale effettua la rivendita di beni e servizi di uno più fornitori; dall'altro lato, la piattaforma potrebbe essere considerata quale mera fornitrice di servizi a uno o più distributori attivi sulla medesima piattaforma¹⁵⁷. Ciò detto, non appare possibile fornire una interpretazione univoca circa il ruolo rivestito dalle piattaforme nei confronti dei fornitori. Al fine di rispondere a tale quesito è infatti necessaria un'analisi caso per caso, mirata a verificare se la piattaforma è ingaggiata e remunerata al fine di individuare clienti e vendere a questi ultimi i prodotti del fornitore o se questa fornisca meramente un input (e.g. servizi di intermediazione nella vendita) lasciando l'effettiva distribuzione del prodotto ad altri.

Un terzo aspetto scaturente dalla *platformisation* sarebbe rappresentato da un superiore utilizzo di contratti di tipo agenzia. Ancora una volta, infatti, il ruolo rivestito dalle piattaforme dal punto di vista delle regole di concorrenza non è chiaro. Soprattutto ci si chiede se tali piattaforme rivestano il ruolo di “agente genuino”, ai sensi degli Orientamenti¹⁵⁸, e se per l'effetto eventuali restrizioni imposte dal fornitore (in qualità di preponente) in capo all'attività della

¹⁵⁶ Sul punto v. Cap. 3.

¹⁵⁷ Secondo *Hederström e Peepkorn* tale quesito può essere esemplificato chiedendosi se le piattaforme debbano essere comparate alla stregua di supermercati o di centri commerciali.

¹⁵⁸ Orientamenti, par. 12-16.

piattaforma (nella veste di agente) non rientrano nel perimetro applicativo dell'art. 101 TFUE¹⁵⁹. Gli Orientamenti al fine di dare risposta al predetto quesito fanno riferimento al tenore dei costi sostenuti dall'agente in relazione ai contratti conclusi e/o negoziati per conto del proponente (e.g. costi di fornitura/acquisto dei beni/servizi contrattuali, costi per il mantenimento delle scorte)¹⁶⁰. Ebbene, può essere rilevato che, da un lato, nel caso della vendita di determinati prodotti immateriali (e.g. materiale audiovisivo, e-book) i costi specifici sostenuti dalla piattaforma non sono particolarmente rilevante (e.g. costi per il mantenimento delle scorte); dall'altro lato, è ben possibile ritenere che la piattaforma effettui degli investimenti specifici al fine di essere attiva in un determinato mercato (e.g. la creazione, mantenimento ed aggiornamento del proprio sito web). Ciò detto, al fine di rispondere al summenzionato quesito, riveste un carattere rilevante la circostanza che generalmente ogni piattaforma opera contemporaneamente nell'interesse di numerosi fornitori (e.g. la piattaforma Booking.com offre accesso a più di un milione di strutture alberghiere¹⁶¹), e quindi difficilmente si potrà ritenere che ciascun proponente sopporti i rischi/costi relativi al compito affidato all'intermediario (i.e. la stessa piattaforma). Peraltro, la circostanza che in alcuni casi sia l'intermediario a porre dei limiti sull'attività commerciale del proponente (e.g. le clausole MFN nel settore delle prenotazioni alberghiere)¹⁶² non pone particolari problematiche ai sensi delle norme di concorrenza, dal momento che tali restrizioni rientrano comunque nell'ambito applicativo dell'art. 101 TFUE, e delle corrispondenti previsioni nazionali. Ciò in quanto, oltre che per i motivi sopra visti in merito alla ripartizione dei costi/rischi, le uniche restrizioni esenti ai sensi dell'art. 101

¹⁵⁹ *Id.*, par. 18.

¹⁶⁰ *Id.*, par. 15-16.

¹⁶¹ “1,126,115 properties worldwide. Including 575,212 holiday rentals in 104,901 destinations in 225 countries and territories” <<http://www.booking.com/index.en-gb.html>> (ultimo accesso 15 gennaio 2017).

¹⁶² Tale circostanza è generalmente conseguenza del maggiore ambito di attività, e conseguente potere di mercato, della piattaforma rispetto a quello del soggetto proponente.

TFUE sono quelle imposte all'agente in merito ai contratti conclusi e negoziati per conto del proponente¹⁶³.

4. RESTRIZIONI ALLE VENDITE ONLINE E PIATTAFORME DIGITALI

La complessità dei mercati digitali si riflette nella varietà delle pattuizioni che un fornitore può prevedere al fine di disciplinare il ricorso da parte di un proprio distributore al canale delle vendite online, ed in particolare all'utilizzo delle piattaforme digitali.

Allo stesso tempo, va rilevato che è ben possibile che sia una piattaforma digitale (nel ruolo di intermediario) a porre delle limitazioni concorrenziali in capo ad un fornitore (nella sua veste di preponente) che intenda utilizzare detta piattaforma per la commercializzazione dei propri prodotti. È evidente che in una situazione di questo tipo, l'intermediario goda di un rilevante potere contrattuale nei confronti della propria controparte. Nel contesto delle piattaforme digitali, la principale forma con cui tale situazione di squilibrio si concretizza è rappresentata dall'introduzione di clausole MFN, all'interno del rapporto contrattuale, che limitino la libertà del produttore di stabilire in piena autonomia i

¹⁶³ “[S]olo gli obblighi imposti all’intermediario nell’ambito della vendita di prodotti ai terzi per conto del committente non rientrano in tale articolo. Infatti, come osserva la Commissione, un contratto di agenzia può contenere disposizioni relative ai rapporti tra l’agente e il committente ai quali l’articolo si applica, come le clausole di esclusiva e quelle di non concorrenza. A tale proposito si deve osservare che, nell’ambito di tali relazioni, gli agenti sono, in principio, operatori economici indipendenti, e che simili clausole possono infrangere le norme in materia di concorrenza qualora comportino la chiusura del mercato in questione” (CORTE DI GIUSTIZIA, sentenza del 14 dicembre 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio c. Compañía Española de Petróleos SA*, C-217/05, EU:C:2006:784, par. 62). In senso conforme, v. anche CORTE DI GIUSTIZIA, sentenza dell’11 settembre 2008, *CEPSA Estaciones de Servicio SA c. LV Tobar e Hijos SL*, C-279/06, EU:C:2008:485, par. 41.

prezzi, praticati all'esterno della piattaforma, dei propri prodotti e servizi.

Alla luce di quanto sopra, in questa sezione saranno analizzate le principali restrizioni connesse all'utilizzo delle piattaforme digitali da parte di distributori e fornitori. Nel dettaglio saranno analizzate le seguenti previsioni:

- (a) restrizioni all'utilizzo da parte del distributore di piattaforme di terze parti;
- (b) clausole MFN.

4.1. RESTRIZIONI ALL'UTILIZZO DI PIATTAFORME DI TERZE PARTI

Le limitazioni in parola consistono nel ricorso a clausole contrattuali che prevedono una restrizione più o meno ampia per il distributore di fare ricorso a piattaforme di vendita gestite da soggetti terzi. Tale risultato può essere raggiunto sia attraverso un divieto espresso per il distributore di utilizzare tale tipologia di piattaforma, che imponendo dei requisiti qualitativi che di fatto limitino la possibilità per il distributore di fare ricorso a tale canale di distribuzione.

Prima ancora di procedere con l'analisi della liceità di tali clausole, gioverà tenere in considerazione che, da un punto di vista dei canali di distribuzione, è possibile individuare tre distinte tipologie di piattaforma: (a) la piattaforma del fornitore; (b) la piattaforma del distributore; e (c) le piattaforme di terze parti¹⁶⁴. Invero, tale tripartizione non trova fondamento solamente in ragione del soggetto che provvede alla gestione della piattaforma, ma anche in ragione del fatto che la categoria *sub* (c) possiede una caratteristica peculiare rispetto alle precedenti: la vendita contestuale di beni appartenenti a diversi distributori, seppur riconducibili alla medesima categoria merceologica. Ciò comporta una maggiore facilità per gli utenti finali di operare confronti tra beni, di avere accesso ad un

¹⁶⁴ S. WARTINGER, L. SOLEK, *Restrictions of Third-Party Platforms within Selective Distribution Systems*, in *World Competition*, 39, 2 (2016), pag. 291–305.

più vasto assortimento di prodotti, e nella generalità dei casi di poter usufruire di una migliore esperienza di acquisto (e.g. servizi di assistenza post vendita) in ragione dei maggiori investimenti effettuati dal gestore della piattaforma, dal momento la gestione della stessa piattaforma rappresenta il *core business* dello stesso operatore.

Su tali premesse, deve darsi conto che al momento non vi è unanimità di visioni circa la legittimità di limitazioni alla libertà dei distributori di far ricorso alle piattaforme digitali di terze parti nell'esercizio della propria attività. In particolare, ci si chiede se tali previsioni rappresentino delle restrizioni dall'oggetto/effetto anticoncorrenziale ai sensi dell'art. 101 TFUE, e se le stesse possano beneficiare di giustificazioni ai sensi dell'art. 101(3) TFUE.

Ciò detto, nel proprio Rapporto Preliminare sull'e-commerce (di seguito "**Rapporto Preliminare**")¹⁶⁵, si da conto che la restrizione all'utilizzo di piattaforme di terze parti non può essere equiparata ad un divieto *tout court* all'utilizzo di canali virtuali di vendita¹⁶⁶. Conseguentemente, siffatte restrizioni non sembrerebbero rientrare nel perimetro applicativo dell'art. 4(b) e/o 4(c) del Regolamento, dal momento che tali clausole non hanno come loro oggetto "*(i) a restriction of the territory or the customers to whom the retailer in question may sell or (ii) the restriction of active or passive sales to end users*"¹⁶⁷. A parere della Commissione UE, tale considerazione sarebbe completamente in linea con quanto previsto negli Orientamenti, ove si ammette la possibilità che il fornitore possa subordinare l'utilizzo di piattaforme di terze parti, da parte del distributore, a condizioni che tali piattaforme siano in linea con gli standard qualitativi, stabiliti dal medesimo fornitore, in relazione all'uso di siti Internet per la

¹⁶⁵ COMMISSIONE UE, *Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry*, (SWD(2016) 312).

¹⁶⁶ *Id.*, par. 469.

¹⁶⁷ *Id.*, par. 472.

rivendita dei propri beni¹⁶⁸. In altri termini, le restrizioni in parola, concernerebbero esclusivamente il “modo” con cui il distributore può vendere i prodotti tramite Internet, non avendo quindi ad oggetto né “dove” o “a chi” i distributori possano vendere i loro prodotti¹⁶⁹. Ad ogni modo, la Commissione UE ha optato per non esprimersi in maniera definitiva sulla questione concludendo che: *“this does not mean that the Commission considers absolute marketplace bans in all cases compatible with European competition law. The Commission or National Competition Authorities may decide to scrutinize marketplace bans in agreements which fall outside the application of the Vertical Block Exemption Regulation, either because the market share thresholds in Article 3 Vertical Block Exemption Regulation are exceeded or because the agreements contain any of the listed hardcore restrictions in Article 4 of the Vertical Block Exemption Regulation. The Commission or National Competition Authorities may also decide to withdraw the benefit of the Vertical Block Exemption Regulation pursuant to Article 29 of Regulation 1/2003, if in a particular case marketplace bans are restricting competition within the meaning of Article 101(1)”* (enfasi aggiunta)¹⁷⁰.

Il cauto approccio della Commissione UE sembrerebbe invero scontrarsi con la decisione adottata dal Bundeskartellamt nel caso *Asics*¹⁷¹. In questa circostanza l’omonimo operatore aveva introdotto un sistema di distribuzione selettiva in nel quale erano previste, *inter alia*, le seguenti restrizioni: (a) un divieto di utilizzare il marchio “ASICS” su siti web di terze parti finalizzati a reindirizzare i consumatori al sito web del distributore, nonché (b) un divieto assoluto di

¹⁶⁸ *Id.*, par. 472.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Id.*, par. 473.

¹⁷¹ BUNDESKARTELLAMT, decisione del 25 agosto 2015, caso B2-98/11 – *Unlawful restrictions of online sales of ASICS running shoes*. Maggiori informazioni sono disponibili al seguente indirizzo:

<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2016/B2-98-11.pdf?__blob=publicationFile&v=2>.

supportare motori di ricerca per il confronto prezzi; (c) un divieto di vendere o promuovere i prodotti a marchio *Asics* attraverso siti di terze parti. A parere del Bundeskartellamt, le limitazioni *sub* (a) e (b) rappresentavano delle restrizioni per oggetto ai sensi dell'art. 101 TFUE, poiché queste rendevano più difficoltoso trovare i prodotti a marchio *Asics*.

Con riferimento, poi, alla restrizione *sub* (c), il Bundeskartellamt aveva concluso che vi erano buone ragioni per ritenere che tale previsione costituisse una restrizione della concorrenza per oggetto. Ciò in quanto piattaforme come *Amazon* o *eBay* sono utilizzate da numerosi consumatori, sicché per distributori di piccola e media grandezza la presenza su tali piattaforme rappresenta un fattore decisivo al fine di entrare in contatto con i consumatori.

Peraltro, tale restrizione non sarebbe giustificabile dal punto di vista qualitativo, dal momento che il *business model* impiegato dalle piattaforme di vendita in questione non pone alcun rischio circa una corretta presentazione del prodotto. Nel dettaglio, la coesistenza di più distributori sulla stessa piattaforma non rappresenterebbe una circostanza idonea a pregiudicare la qualità della presentazione del prodotto sino al punto da poter giustificare un divieto assoluto di far ricorso alle piattaforme di terze parti. A tal fine, infatti, un rivenditore potrebbe adottare misure meno drastiche¹⁷².

Il Bundeskartellamt ha escluso che il divieto assoluto al ricorso di piattaforme di terze parti potesse essere giustificato dalla necessità di proteggere l'immagine del marchio del fornitore¹⁷³, così come qualsiasi criticità legata a fenomeni di *free*

¹⁷² “For example by prescribing that a search via the online marketplace only for offers by authorised retailers is possible, following a respective choice by the user. In the same vein, the manufacturer can specify that the online store operated by an authorised distributor in an online marketplace has to fulfil the same requirements as a store operated on a website of the distributor himself”.

¹⁷³ “Manufacturers invest with regard to the differentiation function of the brand in creating and maintaining a brand image, in order to be able to achieve a higher price. Thus, the brand image may in principle represent a value for end customers for which they are willing to pay a premium. In the view of the Bundeskartellamt, however, the increased competition on price that results from online marketplaces does not necessarily damage brand reputation. It must also be

riding, rispetto alle quali un fornitore avrebbe potuto adottare delle misure meno restrittive¹⁷⁴.

È evidente, quindi, la divergenza tra gli approcci adoperati dalla Commissione UE nel proprio Rapporto Preliminare e dal Bundeskartellamt nel caso *Asics*. Da un lato, infatti, la Commissione non sembra prendere posizione in merito alla legittimità del divieto per un distributore di utilizzare piattaforme di terze parti, limitandosi ad analizzare la corrispondenza di tale previsione a quanto previsto negli Orientamenti; dall'altro lato, in maniera stentorea il Bundeskartellamt ha ritenuto che clausole come quella in parola debbano essere considerate delle vere e proprie restrizioni per oggetto, non aventi natura qualitativa.

Probabilmente sarà la Corte di Giustizia a ricomporre il contrasto di opinioni appena illustrato. In particolare, la Corte è stata investita di una richiesta di rinvio pregiudiziale da parte della Corte di Appello di Francoforte¹⁷⁵, traente origine da una controversia insorta tra Coty Germany GmbH (di seguito “**Coty**”)¹⁷⁶, un produttore di beni cosmetici di lusso, ed un proprio distributore autorizzato nel

taken into account that the per se prohibition provided for in the distribution system 1.0 solely covered authorised distributors who had already been selected by the manufacturer, and on whom requirements for product presentation and customer advisory service could be imposed. In such systems, the manufacturer can take action in an individual case on the basis of the imposed requirements against any violations that may be damaging to brand reputation. In this context, the per se prohibition contained in the distribution system 1.0, covering all authorised distributors, appeared overall to be a measure that was not necessary to protect the brand image and that was thus disproportionate” (enfasi aggiunta).

¹⁷⁴ “[T]he resolution of any possible free-rider problem was unlikely to have justified the per se prohibition of sales via online marketplaces in the distribution system 1.0. While there may be a need for separate remuneration for special advisory services provided mainly by authorised offline distributors, the Bundeskartellamt considered that prohibiting sales via online marketplaces was not an appropriate means to achieve this as it is already unclear how such a prohibition would specifically contribute to remunerating special advisory services. At any rate, a supplier could respond to a problem arising with free-riding with a less severe measure, e.g. by requiring that distributors operating online also operate a physical retail outlet, or by giving financial support to distributors for special sales efforts” (enfasi aggiunta).

¹⁷⁵ Oberlandesgericht Frankfurt am Main.

¹⁷⁶ CORTE DI GIUSTIZIA, *Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente GmbH*, C-230/16.

contesto di un sistema di distribuzione selettiva, Parfümerie Akzente GmbH (di seguito “**Akzente**”). Originariamente l’accordo di distribuzione intercorrente tra le parti prevedeva espressamente il divieto per Akzente di rivendere i beni contrattuali attraverso terze parti. Successivamente Akzente aveva iniziato a vendere i prodotti di Coty sulla piattaforma “Amazon.de”. Al fine di far fronte a tale situazione, Coty aveva modificato i propri contratti di distribuzione prevedendo *inter alia* un divieto assoluto alla vendita di prodotti su piattaforme digitali di terzi. Il successivo rifiuto di Akzente a conformarsi ai nuovi contratti di distribuzione aveva dato origine al procedimento dinanzi alla Corte di appello di Francoforte che ha poi operato il rinvio pregiudiziale in parola.

Sebbene sia difficile prevedere a quale conclusione giungerà la Corte, possono essere fatte alcune considerazioni.

Va infatti ricordato che la richiesta di rinvio pregiudiziale in questione ha ad oggetto una restrizione prevista nel contesto di un sistema di distribuzione selettiva, ovvero di un assetto distributivo finalizzato a garantire che solo i distributori che soddisfino determinati criteri possano vendere i prodotti del fornitore. Conseguentemente, la funzionalità di tale sistema è garantita solamente nel momento in cui i distributori affiliati non vendano i loro prodotti a rivenditori non facenti parte del sistema di distribuzione selettiva. A fronte di queste considerazioni, ci si potrebbe domandare se (nel contesto di un sistema di distribuzione selettiva) il divieto di vendita tramite piattaforme digitali di terzi non possa essere in qualche modo equiparato ad un divieto di vendita a distributori terzi non autorizzati; dal momento che lo scopo delle due clausole appare essere simile¹⁷⁷. Ove così fosse, una limitazione al ricorso a piattaforme

¹⁷⁷ P. IBANEZ COLOMO, *Case C-230/16, Coty: a straightforward issue with major implications*, in *Chillin' Competition*, 2017, disponibile al seguente indirizzo: <<https://chillingcompetition.com/2017/02/16/case-c-23016-coty-a-straightforward-issue-with-major-implications/>>.

di vendita di terze parti, potrebbe essere considerata una restrizione ancillare al corretto funzionamento del sistema di distribuzione selettiva diviso dal fornitore, e come tale non costituente una restrizione per oggetto. Invero, quest'ultima conclusione sarà da considerarsi valida solamente nel momento in cui si riesca a dimostrare che il divieto al ricorso di piattaforme digitali di terze parti risponda ad un legittimo fine. Ciò in quanto la non applicabilità dell'art. 101 TFUE ad un sistema di distribuzione selettiva è subordinata all'assenza di restrizioni (in capo ai rivenditori) che non siano indispensabili per raggiungere gli obiettivi perseguiti dall'accordo fondativo dello stesso sistema di distribuzione¹⁷⁸.

Inoltre, un ulteriore interrogativo a cui dovrebbe dare risposta la Corte è se le clausole in esame debbano ritenersi limitazioni alle vendite attive o passive. A ben vedere, infatti, come sopra visto vi sono buone ragioni per ritenere che si tratti di restrizioni alle vendite attive. Al contempo però si potrebbe argomentare che impedire ad un distributore di vendere i propri prodotti tramite piattaforme di terze parti comporta quantomeno una limitazione delle vendite passive relativamente a quei clienti che, trovandosi al di fuori dell'area (fisica) di vendita del distributore, vogliono comunque acquistare i prodotti di quest'ultimo tramite internet (ed in particolare tramite la piattaforma di terzi). Potrebbe pertanto ritenersi che tale clientela, a cui è impedito di acquistare i beni venduti dal distributore, possa rappresentare un diverso gruppo di utenti ai sensi del Regolamento¹⁷⁹. Ciò sembra particolarmente vero ove si rammenti che, dalla prospettiva degli utenti finali, le piattaforme di terze parti presentano delle caratteristiche difficilmente riscontrabili nei siti web allestiti da un singolo produttore o distributore, soprattutto in termini di comparabilità e varietà dei beni venduti.

¹⁷⁸ V. AURICCHIO ET AL., op. cit., pag. 447.

¹⁷⁹ S. WARTINGER, L. SOLEK, op. cit., pag. 303.

4.2. CLAUSOLE MFN

Con l'espressione clausole MFN ci si riferisce genericamente ad un complesso di clausole, previste nei rapporti contrattuali intercorrenti tra due imprese attive ad un diverso livello della catena distributiva, in forza delle quali il fornitore si impegna ad offrire i propri prodotti alla controparte a condizioni non inferiori a quelle praticate a terzi¹⁸⁰. Sebbene le clausole in parola abbiano origine risalente¹⁸¹, queste vengono sempre più spesso utilizzate per regolare le relazioni contrattuali intercorrenti tra un fornitore di beni o servizi (operatore a monte) e una piattaforma digitale (operatore a valle) nella sua veste di intermediario.

In base ai loro effetti e al relativo ambito di applicazione è possibile distinguere due categorie di clausole MNF: (a) ristrette (o *narrow*), e (b) ampie (o *wide*). Nel primo caso, le condizioni e i prezzi offerti tramite una piattaforma dovranno essere uguali (e quindi non peggiori) a quelli proposti direttamente dal fornitore per il tramite del proprio sito web¹⁸².

Diversamente, nel caso di una clausola MFN ampia, le condizioni economiche e i prezzi offerti per il tramite di una piattaforma non potranno essere peggiori rispetto a quelli offerti, non solo dal fornitore per il tramite del proprio sito web, ma anche su ogni altra piattaforma esistente. Da notare che questo assetto distributivo presuppone che il fornitore possa utilizzare diverse piattaforme per la distribuzione dei propri prodotti/servizi (c.d. *multihoming*). In altri termini, la differenza tra queste due categorie di clausole, quindi, va rinvenuta nel fatto che

¹⁸⁰ OXERA CONSULTING LLP, *Most-favoured-nation clauses: falling out of favour?*, novembre 2014, disponibile al seguente indirizzo: <<http://www.oxera.com/Latest-Thinking/Agenda/2014/Most-favoured-nation-clauses-falling-out-of-favour.aspx>>.

¹⁸¹ Per una ricostruzione delle origini storiche delle clausole MNF v. F. E. GONZÁLEZ-DÍAZ, M. BENNET, *The law and economics of most-favoured nation clauses*, in *Competition Law & Policy Debate*, 1, 3 (2015), pag. 26.

¹⁸² A. EZRACHI, *The competitive effects of parity clauses on online commerce*, in *European Competition Journal*, 11, 2-3 (2015), pag. 489, disponibile al seguente indirizzo: <<http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/17441056.2016.1148870>>.

le clausole MFN ristrette riguardano la relazione intercorrente tra il singolo fornitore e una singola controparte commerciale (i.e. la piattaforma); le clausole MFN ampie, invece, hanno anche un impatto sulle relazioni instaurate dal fornitore con ciascuna piattaforma esistente¹⁸³.

Le clausole MFN possono essere ulteriormente distinte in ragione del modello di distribuzione operato. Nel dettaglio, è possibile distinguere tra clausole MFN: (a) *wholesale* e (b) *agency*.

Secondo il modello *sub* (a), il fornitore determina il prezzo all'ingrosso del prodotto/servizio contrattuale praticato alla piattaforma, rimanendo ferma la possibilità per quest'ultima di determinare il relativo prezzo finale dello stesso prodotto/servizio. È evidente che in questo scenario la piattaforma agisca alla stregua del distributore, dal momento che acquisisce la proprietà dei beni/servizi contrattuali¹⁸⁴.

Nel modello distributivo *agency*, invece, sarà lo stesso fornitore (e quindi non la piattaforma) a fissare il prezzo di rivendita finale dei prodotti/servizi contrattuali. In questo caso, invece, il ruolo rivestito dalla piattaforma è maggiormente assimilabile alla figura di un agente¹⁸⁵.

Quanto sopra non esclude però che le parti possano prevedere dei modelli di distribuzione ibridi. È questo il caso del c.d. modello *merchant*, in cui il fornitore vende una quantità di beni/servizi alla piattaforma ad un prezzo (*wholesale*) concordato, generalmente al di sotto del prezzo normale, sarà poi la stessa piattaforma a determinare il prezzo pagato dal cliente ricaricando delle tariffe concordate (o *net rates*)¹⁸⁶.

¹⁸³ A. EZRACHI, *The competitive effects of parity clauses on online commerce*, op. cit., pag. 507.

¹⁸⁴ M. COLANGELO, V. ZENO-ZENCOVICH, *La intermediazione on-line e la disciplina della concorrenza: i servizi di viaggio, soggiorno e svago*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II)*, fasc.1, 2015, pag. 45.

¹⁸⁵ *Ibid.* Sul punto v. anche J. P. JOHNSON, *The Agency Model and MFN Clauses*, 2014, disponibile al seguente indirizzo: <<https://ssrn.com/abstract=2217849>>.

¹⁸⁶ *Ibid.*

4.2.1. EFFETTI PRO-COMPETITIVI DELLE CLAUSOLE MFN

La *ratio* economica delle clausole di MFN è principalmente rappresentata dal fatto che il loro utilizzo è in grado di eliminare problematiche di *free-riding*.

A tal proposito, va tenuto in considerazione che il gestore della piattaforma effettua degli investimenti specifici al fine di implementare funzionalità e adottare iniziative finalizzate ad attirare la domanda dei consumatori verso i prodotti del fornitore (e.g. iniziative di *marketing*, servizi di assistenza e garanzie post-vendita). L'incentivo della piattaforma ad effettuare tali investimenti verrebbe evidentemente meno nel caso in cui il fornitore offra prezzi inferiori a quelli praticati dalla piattaforma. Con riferimento alle piattaforme per le prenotazioni alberghiere (di seguito "OTA"), si avrebbe un problema di *free-riding* nel momento in cui un hotel usufruisse di una piattaforma al solo fine di entrare in contatto con potenziali clienti, ma poi incentivasse gli stessi clienti ad effettuare la prenotazione tramite il portale dello stesso fornitore mediante l'offerta di prezzi più convenienti¹⁸⁷.

Oltre che sotto il profilo verticale, è ben possibile che si verifichino problematiche di *free-riding* anche a livello orizzontale tra piattaforme concorrenti¹⁸⁸. Così ad esempio una piattaforma potrebbe essere disincentivata nell'adottare iniziative in grado di attirare la domanda dei consumatori nel caso in cui quest'ultimi fossero incentivati a concludere la transazione con una piattaforma terza in grado di offrire termini più vantaggiosi. Lo stesso fornitore potrebbe avvantaggiarsi di tale situazione, utilizzando una piattaforma dotata di numerose funzionalità al fine di promuovere i propri beni e servizi, per poi incoraggiare gli stessi utenti a rivolgersi ad una piattaforma terza, non dotata di particolari funzioni, a cui il fornitore paga minori commissioni.

¹⁸⁷ F. E. GONZÁLEZ-DÍAZ, M. BENNET, op. cit., pag. 34.

¹⁸⁸ A. EZRACHI, *The competitive effects of parity clauses on online commerce*, op. cit., pag. 41.

Le clausole MFN sono inoltre utili a limitare eventuali rischi di *hold-up*¹⁸⁹. In particolare, in assenza di una clausola di MFN è ben possibile che una piattaforma possa effettuare degli investimenti specifici per stimolare la domanda dei beni del fornitore, e successivamente il venditore ponga in essere dei comportamenti opportunistici vendendo i prodotti/servizi contrattuali a condizioni più convenienti ad un soggetto terzo. Invero, la previsione di una clausola MFN conferisce una protezione alla piattaforma rispetto alla circostanza che, dopo che siano stati effettuati degli investimenti specifici relativi al rapporto contrattuale con il fornitore, quest'ultimo non sarà in grado di vendere i prodotti/servizi contrattuali ai concorrenti della stessa piattaforma a prezzi più vantaggiosi¹⁹⁰.

Ancora, va rilevato che una clausola MFN può permettere all'acquirente dei beni/servizi contrattuali (i.e. la piattaforma) di ottenere le migliori condizioni dal venditore (i.e. fornitore) senza dover ricorrere a lunghe negoziazioni¹⁹¹. Analogamente, una clausola MFN è in grado di ridurre l'incentivo per l'acquirente a rinegoziare le condizioni contrattuali in termini a lui più favorevoli, dal momento che tale vantaggio sarebbe esteso ai propri concorrenti, così favorendo la conclusione di contratti di lunga durata¹⁹².

¹⁸⁹ “[P]iù una delle parti si impegna in una transazione, più ha da perdere a causa di eventi imprevisi o per la possibilità che l'altra parte possa avere interesse a rinegoziare termini più favorevoli del contratto. Infatti, la parte in questione si è impegnata con investimenti in risorse non più liberabili senza costi, neppure nel lungo termine, se l'impresa cessa la produzione (*sunk cost*). Anticipando questo possibile problema di ricatto (*hold-up*), la parte che diviene più vulnerabile alle azioni dell'altra preferirà rinunciare all'investimento per evitare che questo si possa svalutare o per vedersi forzata ad accettare condizioni svantaggiose” (enfasi aggiunta – A. LA BELLA, E. BATTISTON, *Economia e organizzazione aziendale*, Milano (2008), pag. 121).

¹⁹⁰ F. E. GONZÁLEZ-DÍAZ, M. BENNET, op. cit., pag. 35.

¹⁹¹ J. D. LEE, *Post U.S. v. Apple: How should Most-Favoured Nation Clauses be Treated Now?*, in *Cardozo Arts & Entertainment*, 33, 1 (2015), pag. 252, disponibile al seguente indirizzo: <<http://www.cardozoelj.com/wp-content/uploads/2014/01/Lee-Final.pdf>>.

¹⁹² *Ibid.* In realtà i vantaggi da ultimo citati sono comunque mitigati dal fatto che se da un lato vi sarà maggior affidamento da parte dell'acquirente circa la

4.2.2. EFFETTI ANTICONCORRENZIALI DELLE CLAUSOLE MFN

Al fine di illustrare le conseguenze anticompetitive associate alle clausole MFN sarà utile operare un distinguo tra MNF ampie e ristrette.

Con riferimento alle prime, le possibili teorie del danno associate all'utilizzo di tali clausole sono le seguenti:

- (a) aumento dei costi di intermediazione: nel caso in cui si operi in un modello *agency/merchant*, la piattaforma potrebbe essere incentivata ad aumentare le proprie commissioni o disincentivata a diminuirle, ciò sarebbe particolarmente vero ove la clausola MFN protegga la stessa piattaforma dal rischio che le possa essere imposto un aumento del prezzo praticato al dettaglio¹⁹³;
- (b) riduzione del grado di apertura del mercato: una nuova piattaforma che decida di farsi largo sul mercato mediante l'adozione di un *business model* di tipo "*low cost*", non potrebbe comunque chiedere l'applicazione di tariffe più basse a quelle imprese fornitrici che siano già vincolate da una clausola MFN. Ciò in quanto qualsiasi sconto, rispetto ai propri prezzi standard, concesso all'operatore nuovo entrante, da parte del fornitore, dovrebbe poi essere applicato a tutti i propri clienti¹⁹⁴;
- (c) allineamento dei prezzi: nel caso in cui le clausole di MFN siano adoperate da importanti operatori del settore interessato, e quindi in grado di coprire una rilevante quota di mercato, è ben possibile che ciò comporti un livellamento generale dei prezzi offerti agli utenti¹⁹⁵;
- (d) facilitazione di fenomeni collusivi: per i membri di un cartello l'utilizzo di una clausola MFN, da applicarsi nei rapporti con i rispettivi clienti,

¹⁹³ A. EZRACHI, *The competitive effects of parity clauses on online commerce*, op. cit., pag.496-498.

¹⁹⁴ *Id.*, 498-499.

¹⁹⁵ *Id.*, 499-500.

rappresenta un meccanismo in grado di assicurare che ciascun partecipante all'intesa anticoncorrenziale non applichi prezzi più bassi rispetto a quelli concordati. Ciò in quanto, ove un partecipante intendesse deviare dai prezzi artificiosamente stabiliti dal cartello, dovrebbe applicare tale riduzione di prezzo a tutti i propri clienti, con ciò comportando un elevato impegno economico¹⁹⁶.

Venendo ora alle clausole MFN ristrette, sono associate a minori problematiche concorrenziali dal momento il loro ambito di applicazione è limitato alla singola relazione contrattuale intercorrente tra fornitore e una specifica piattaforma.

Così ad esempio, vi sarà l'incentivo per una piattaforma ad applicare al fornitore delle commissioni più economiche. Ciò in quanto l'applicazione di minori commissioni permetterà al fornitore (nel contesto di un modello distributivo di tipo *agency*) di poter fissare i prezzi praticati agli utenti finali, per il tramite della piattaforma, ad un livello inferiore¹⁹⁷.

Ancora, l'applicazione di una clausola MFN ristretta permette allo stesso fornitore di poter effettuare una discriminazione dei prezzi praticati dalle diverse piattaforme e delle commissioni praticate agli stessi intermediari¹⁹⁸.

Tale ultima circostanza, peraltro, porterà le piattaforme a concorrere tra loro al fine di ottenere migliori condizioni economiche dal fornitore, non essendo quest'ultimo vincolato ad applicare uguali termini a tutti i propri intermediari¹⁹⁹.

Fatte queste premesse, è ad ogni modo possibile formulare le seguenti teorie del danno rispetto alle clausole MFN ristrette:

- (a) effetto *hub & spoke*: la libertà del fornitore di poter offrire condizioni economiche differenti ai propri intermediari potrebbe comunque non portare ad una concorrenza di prezzi tra tali intermediari nel momento in

¹⁹⁶ F. E. GONZÁLEZ-DÍAZ, M. BENNET, op. cit., pag. 37.

¹⁹⁷ A. EZRACHI, *The competitive effects of parity clauses on online commerce*, op. cit., pag. 507.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ *Ibid.*

cui: (i) un porzione rilevante delle vendite vengono effettuate per il tramite del sito del fornitore e (ii) quest'ultimo abbia adottato delle clausole MFN ristrette nei diversi rapporti intercorrenti con i propri intermediari²⁰⁰. In questo caso, infatti, al fine di incentivare i clienti a concludere le transazioni per il tramite del proprio sito web, e quindi a non corrispondere alcuna commissione alle piattaforme (cui è affidata alternativamente la distribuzione del proprio prodotto/servizio), il fornitore sarà tenuto ad offrire sul proprio sito web un prezzo non superiore a quello praticato dagli stessi intermediari. Tale situazione potrebbe dare così vita ad un livellamento generale dei prezzi applicati per il servizio/bene in questione;

(b) diminuzione della concorrenza verticale: dal momento che il fornitore non potrà praticare prezzi e condizioni economiche migliori rispetto a quelle offerte dalla piattaforma, allora è evidente che lo stesso fornitore non potrà esercitare una adeguata pressione concorrenziale sulla stessa piattaforma (i.e. adottare prezzi più bassi), per l'effetto dando luogo a prezzi più alti²⁰¹.

4.2.3. RICADUTE APPLICATIVE: IL CASO DELLE OTA

Sulla base delle coordinate teoretiche sopra indicate, dovrà ora andarsi ad analizzare l'approccio adoperato dalle autorità di concorrenza rispetto alle clausole MFN. A tal fine si prenderà in considerazione la casistica sviluppatasi a livello europeo circa l'utilizzo delle clausole in questione nel settore delle prenotazioni alberghiere²⁰². Ciò in quanto è il filone decisionale sicuramente più

²⁰⁰ *Id.*, pag. 508.

²⁰¹ *Id.*, pag. 509.

²⁰² Per una ricostruzione più ampia della casistica antitrust sviluppatasi in merito all'utilizzo delle clausole MFN v. F. E. GONZÁLEZ-DÍAZ, M. BENNET, op. cit., pag. 28.

attuale e che meglio riflette le incertezze applicative associate al fenomeno delle MFN.

Come sopra riportato, l'attività delle agenzie di viaggio online (c.d. OTA) è principalmente rappresentato dalla fornitura di servizi turistici per il tramite dei propri portali. Quindi, le OTA, in ragione della loro natura di piattaforma digitale, da un lato, forniscono un servizio ai consumatori, i quali hanno così modo di effettuare ricerche, operare confronti tra le offerte di servizi turistici (e.g. biglietti aerei, camere d'albergo) presenti sul portale dello stesso intermediario; dall'altro lato, offrono un servizio agli operatori che forniscono direttamente tali servizi (e.g. vettori aerei, gestori di strutture alberghiere) facilitandone l'interazione con i consumatori²⁰³. Il modello distributivo generalmente utilizzato da tali piattaforme è quello *agency*, per cui le OTA permettono la prenotazione di camere presenti presso le strutture alberghiere associate, ottenendo una commissione per ogni transazione conclusa con un utente, il quale invece andrà a pagare direttamente la struttura alberghiera.

Nella casistica riguardante l'applicazione di clausole MFN nel settore delle OTA il primo precedente rilevante è rappresentato dall'istruttoria avviata dall'allora *Office of Fair Trade* (di seguito "**OFT**") nel 2010, e sfociata poi in una comunicazione di addebiti nel 2012 nei confronti di *Booking.com* (di seguito "**Booking**"), *Expedia* e *Intercontinental Hotel Group* (di seguito "**IHG**")²⁰⁴. In particolare, l'istruttoria aveva ad oggetto gli accordi sottoscritti singolarmente dalle due OTA con IHG, in forza dei quali era limitata la possibilità di ogni OTA di offrire sconti sui prezzi a cui le camere erano offerte ai consumatori. L'OFT aveva ritenuto che tali restrizioni fossero in grado di limitare la concorrenza di

²⁰³ M. COLANGELO, *Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 8, 1 (2017), pag. 7.

²⁰⁴ Una ricostruzione delle diverse fasi del procedimento è disponibile al seguente indirizzo: <<https://www.gov.uk/cma-cases/hotel-online-booking-sector-investigation>>.

prezzo tra le OTA e di frapporre barriere all'entrata a nuovi operatori che intendessero entrare sul mercato offrendo degli sconti ai consumatori²⁰⁵. Il caso veniva chiuso nel 2014 dall'OFT, in ragione dell'accettazione degli impegni proposti dalle parti, in forza dei quali era principalmente previsto che: (a) le OTA sarebbero state libere di offrire riduzioni di prezzo sulle sistemazioni alberghiere ma solo a quei clienti che avessero fatto parte di un *closed group* (un gruppo chiuso di utenti) ed avessero effettuato precedentemente una prenotazione a prezzo pieno con l'OTA; (b) gli hotel avrebbero potuto liberamente offrire riduzioni di prezzo sulle loro camere; (c) le OTA avrebbero potuto pubblicizzare la possibilità per gli utenti di ricevere i summenzionati sconti solo all'interno del loro *closed group*.

Va rilevato che nel caso di specie, le clausole MFN non sono state analizzate come fonte autonoma di effetti anticoncorrenziali, essendosi l'OFT limitato ad esaminare la capacità di tali clausole ad incrementare la potenzialità anticompetitive delle restrizioni agli sconti previste negli accordi intercorrenti tra le parti. Ciò detto, la decisione con cui l'OFT ha accettato gli impegni delle parti è stata recentemente annullata dal Competition Appeal Tribunal (di seguito "CAT"), a seguito di un ricorso presentato da *Skyscanner*²⁰⁶, rimettendo così la questione alla Competition and Market Authority (di seguito "CMA") che nel frattempo ha sostituito l'OFT²⁰⁷.

²⁰⁵ Effettivamente la segnalazione che aveva dato avvio al procedimento era stata effettuata da una OTA, Skoosh, che lamentava proprio la possibilità di offrire stanze di albergo scontate mediante il proprio portale.

²⁰⁶ CAT 16 (2014), *Skyscanner Ltd v CMA*.

²⁰⁷ L'istruttoria è stata chiusa dalla CMA dal momento che questa non rappresenta una priorità amministrativa. Sul punto l'autorità ha affermato: "[t]he CMA has considered the strategic significance, impact, risks and resource implications of continuing the present investigation, and has decided that it is appropriate to close the Investigation on the grounds that it no longer constitutes an administrative priority. This decision does not amount to a decision or view as to whether a party acted illegally and no implication may be drawn that any party was acting illegally. [...] As noted above, Booking.com and Expedia have removed their wide Retail MFNs and certain other MFNs. The effect of these revised terms and the remaining wide and narrow Retail MFNs on competition and consumers are matters that the CMA intends to keep under review" (enfasi aggiunta – CMA, *Hotel Online Booking Investigation - Case closure summary*,

Nel dicembre 2013, il Bundeskartellamt ha vietato al portale di prenotazioni Hotel Reservation Service (di seguito “HRS”) di utilizzare e far valere le clausole MFN nel contesto delle relazioni contrattuali intercorrenti con le strutture alberghiere affiliate, ordinando a HRS di eliminare tali clausole dalle condizioni generali di contratto impiegate per disciplinare i rapporti con le strutture alberghiere tedesche²⁰⁸. Le clausole MFN in questione richiedevano alle strutture alberghiere affiliate di garantire che il prezzo offerto sul portale HRS non fosse maggiore del prezzo più economico offerto dalla stessa struttura alberghiera (sia tramite canale fisico che digitale) o da altre OTA. In tale provvedimento l’ autorità di concorrenza tedesca ha, in primo luogo, escluso la possibilità che alle restrizioni in esame potesse essere applicabile una esenzione ai sensi del Regolamento 330/2010, e della relativa previsione nazionale, dal momento che HRS deteneva una quota di mercato eccedente il 30% negli ultimi 4 anni. In secondo luogo, il *Bundeskartellamt* ha evidenziato che dalle clausole MFN in parola derivano tre distinte conseguenze: (a) una diminuzione della concorrenza tra le OTA, essendo difatti ridotto l’incentivo di queste a richiedere commissioni inferiori agli hotel o comunque adottare nuove strategie di vendita; (b) la frapposizione di ostacoli all’ingresso di nuovi operatori sul mercato; (c) una condotta abusiva nei confronti degli alberghi di piccole e medie dimensioni che si trovavano in una situazione di dipendenza nei confronti di HRS.

Il provvedimento del Bundeskartellamt è successivamente stato confermato dalla Alta Corte Regionale di Düsseldorf²⁰⁹ che, nel ribadire la potenzialità

16 settembre 2015, disponibile al seguente indirizzo: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/55f8404aed915d14f1000014/Hotel_online_booking_-_case_closure_summary.pdf>).

²⁰⁸ Caso B9 - 66/10 - *HRS-Hotel Reservation Service*. Una traduzione di cortesia della decisione è disponibile al seguente indirizzo: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.pdf%3F__blob%3DpublicationFile%26v%3D3>.

²⁰⁹ Alta Corte Regionale di Düsseldorf, Kart 1/14 (V), 9 gennaio 2015. Per maggiori informazioni sul caso v. il relativo comunicato stampa *HRS's 'best price' clauses violate*

anticoncorrenziale di clausole MNF ampie, ha mosso dei dubbi circa il fatto che le clausole MFN siano necessarie ad incentivare il gestore di un OTA ad effettuare investimenti per migliorare la stessa piattaforma²¹⁰.

Nel maggio 2014, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito “AGCM”) ha avviato un’istruttoria nei confronti di Booking ed Expedia²¹¹. In particolare, secondo l’AGCM Booking ed Expedia avrebbero richiesto alle strutture alberghiere delle commissioni eccessivamente gravose, obbligando le stesse strutture a non poter offrire, tramite altri canali distributivi (sia virtuali che fisici), prezzi più bassi di quelli praticati sulle due OTA in questione. Secondo l’AGCM, tali clausole avrebbero avuto l’effetto di: (a) limitare la concorrenza (sui prezzi) tra le OTA e gli altri canali distributivi; (b) frapporre degli ostacoli all’ingresso di nuove OTA sul mercato.

Simili preoccupazioni sono state peraltro sollevate da altre due autorità di concorrenza europee, ossia quella francese e svedese, che hanno avviato analoghe istruttorie a livello nazionale, sotto il coordinamento della Commissione UE, nei confronti di Booking. I procedimenti in questione si sono conclusi con gli impegni della stessa Booking, a cui si è poi successivamente adeguata anche Expedia, la quale si è impegnata a modificare la propria politica commerciale a livello europeo, prevedendo di: (a) sostituire le proprie clausole MFN allargate con delle versioni ristrette, (b) consentire agli hotel affiliati di poter applicare, ai clienti appartenenti a gruppi chiusi di utenti (c.d. “*Closed User Groups*” – “GCU”), sconti sulle tariffe offerte sulla propria piattaforma²¹².

German and European competition law - Düsseldorf Higher Regional Court confirms Bundeskartellamt’s prohibition decision, disponibile al seguente indirizzo: <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/09_01_2015_hrs.html?nn=3591568>.

²¹⁰ A. EZRACHI, *The competitive effects of parity clauses on online commerce*, op. cit., 504.

²¹¹ AGCM, decisione del 7 maggio 2014, caso I779 – *Mercato dei servizi turistici-prenotazioni alberghiere on line*.

²¹² Konkurrensverket, decisione del 15 aprile 2015, caso 596/2016 – *Bookingdotcom Sverige AB and Booking.com*, una traduzione non ufficiale della decisione è disponibile al seguente

A un differente esito è giunto invece il procedimento nel frattempo avviato dal Bundeskartellamt nei confronti della stessa Booking²¹³. L'autorità di concorrenza tedesca ha infatti rigettato gli impegni proposti dalla stessa OTA dinanzi alle altre autorità nazionali di concorrenza, opinando che la decisione dell'Alta Corte Regionale di Düsseldorf nel caso HRS supporti un divieto assoluto alle clausole MFN. Sul punto il Presidente del Bundeskartellamt, Andreas Mundt, ha affermato: “[t]hese so-called narrow best price clauses also restrict both competition between the existing portals and competition between the hotels themselves. Firstly they infringe the hotels' freedom to set prices on their own online sales channels. There is little incentive for a hotel to reduce its prices on a hotel booking portal if at the same time it has to display higher prices for its own online sales. Secondly, it still makes the market entry of new platform providers considerably difficult. The 'best price' clauses barely provide an incentive for the hotels to offer their rooms on a new portal cheaper if they cannot implement these price reductions on their own websites as well. There is no apparent benefit for the consumer”²¹⁴. Lo stesso Presidente del Bundeskartellamt ha poi giustificato la discrepanza tra l'esito del procedimento e le conclusioni a cui sono invece giunte le altre autorità di concorrenza europee anche in ragione delle specificità che caratterizzano il mercato tedesco delle strutture alberghiere:

indirizzo:

<http://www.konkurrensverket.se/globalassets/english/news/13_596_bookingdotcom_eng.pdf>;
Autorité de la concurrence, decisione del 21 aprile 2015, n. 15-D-06 - *sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne*, disponibile al seguente indirizzo: <<http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/avisdec.php?numero=15-D-06>>;
AGCM, caso I779, cit.

²¹³ Caso B 9-121/13, traduzione disponibile al seguente indirizzo: <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-121-13.pdf?__blob=publicationFile&v=2>.

²¹⁴ Comunicato stampa, *Narrow 'best price' clauses of Booking also anticompetitive*, 23 dicembre 2015, disponibile al seguente indirizzo: <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/23_12_2015_Booking.com.html>.

“[d]ifferent countries have different hotel landscapes. As opposed to the UK, for example, Germany has many small and medium-sized hotels”²¹⁵.

Da quanto sopra si può evincere che mentre, da un lato, vi è un generale consenso tra le autorità di concorrenza circa il carattere anticompetitivo delle clausole MFN ampie, circostanza peraltro condivisibile sotto il profilo economico; dall’altro lato, l’approccio seguito dal Bundeskartellamt nel caso Booking sembra mettere in discussione l’applicazione efficace e uniforme del diritto della concorrenza all’interno del mercato unico²¹⁶.

Ciò detto, sebbene la valutazione circa l’anticoncorrenzialità di una condotta non possa prescindere da una valutazione caso per caso, si rende necessario un intervento da parte della Commissione UE volto a coordinare ed illuminare l’operato delle autorità nazionali di concorrenza, anche allo scopo di fornire un quadro normativo certo agli operatori di mercato che sempre più spesso si trovano ad operare in contesti multinazionali. In tal senso, può leggersi positivamente la decisione della Commissione UE di avviare, in seno allo European Competition Network, un gruppo di lavoro teso a valutare gli effetti dei rimedi antitrust recentemente implementati nel settore delle OTA²¹⁷.

²¹⁵ PARR GLOBAL, *German competition chief accepts diverging parity clauses pending EC report*, 7 febbraio 2017.

²¹⁶ CONSIGLIO DELL’UE, *Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l’applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, in GU L 1 del 4 gennaio 2003, cons. 1.

²¹⁷ V. Comunicato stampa, *Outcome of the meeting of ECN Dgs on 17-02-2017*, disponibile al seguente indirizzo: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/ECN_meeting_outcome_17022017.pdf. Nel documento si legge “*the heads of the ECN have agreed to keep the online hotel booking sector under review and to re-assess the competitive situation in due course. This will allow the sector more time to make full use of the measures that have already been taken*”.

5. PIATTAFORME ED IMPLEMENTAZIONE DI INTESA ANTICONCORRENZIALI

In questa sezione si andrà ad esaminare il ruolo che le piattaforme digitali possono assumere nell'attuazione di un'intesa anticoncorrenziale. Per i motivi che di seguito si diranno, le piattaforme digitali, e più in generale i recenti sviluppi tecnologici, pongono nuove sfide per le autorità di concorrenza nell'applicazione della normativa antitrust.

Invero, il rischio che la tecnologia possa essere asservita a finalità anticoncorrenziali è ben noto alle autorità di concorrenza. A tal proposito, Bill Baer – Assistant Attorney General della Divisione Antitrust del Department of Justice – aveva osservato “[w]e will not tolerate anticompetitive conduct, whether it occurs in a smoke-filled room or over the Internet using complex pricing algorithms. American consumers have the right to a free and fair marketplace online, as well as in brick and mortar businesses” (enfasi aggiunta)²¹⁸. Più recentemente, la Commissione UE ha avviato un'istruttoria nei confronti di Asus, Denon & Marantz, Philips and Pioneer, al fine di verificare se tali operatori abbiano limitato la possibilità dei loro rivenditori di determinare liberamente i prezzi dei loro prodotti venduti utilizzando internet²¹⁹. In particolare, secondo la Commissione UE, gli effetti anticoncorrenziali di tali restrizioni sarebbero stati aggravati dall'utilizzo, da parte di molti venditori *online*, di alcuni software per la determinazione dei prezzi di vendita dei prodotti che adattavano automaticamente tali prezzi a quelli praticati dagli altri operatori

²¹⁸ DEPARTMENT OF JUSTICE, *Former E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division's First Online Marketplace Prosecution*, 6 aprile 2015, disponibile al seguente indirizzo: <<https://www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace>>.

²¹⁹ Comunicato stampa disponibile al seguente indirizzo: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-201_en.htm>.

concorrenti²²⁰.

Ciò detto, per illustrare come una piattaforma digitale possa contribuire all'implementazione di un'intesa anticoncorrenziale, potrà farsi in parte riferimento al contributo dottrinale di *Ezrachi e Stucke*, i quali hanno esaminato le ricadute applicative, sull'*enforcement* del diritto antitrust, derivanti dal ricorso sempre più crescente, da parte degli operatori, all'utilizzo di algoritmi e di sistemi di intelligenza artificiale²²¹. Nella propria opera, gli Autori hanno diviso una serie di scenari in cui il ricorso a strumenti tecnologici da parte delle imprese presenti sul mercato può dare vita a degli esiti anticoncorrenziali. Ai fini della presente trattazione, verranno di seguito esaminati due degli scenari tecnologici-concorrenziali divisi dagli Autori in questione, ossia i c.d. scenari *Messenger* e *Hub & Spoke*²²².

5.1. SCENARIO MESSENGER

In questo scenario la piattaforma rappresenta uno strumento di ausilio, attraverso il quale i membri di un cartello attuano quest'ultimo, monitorandone l'implementazione e sanzionando eventuali deviazioni, da parte di alcuni operatori, dallo stesso accordo anticoncorrenziale.

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ A. EZRACHI, E. STUCKE, *Virtual competition the promise and perils of the algorithm-driven economy*, Cambridge (2016).

²²² Gli altri scenari ipotizzati dagli Autori non sono qui oggetto di specifica trattazione dal momento che questi afferiscono all'utilizzo di particolari algoritmi di prezzo e sistemi di intelligenza artificiale che, per le loro peculiarità, esulano dal perimetro delle piattaforme digitali.

Un esempio concreto di tale scenario può rinvenirsi nelle intese recentemente sanzionate dalla Commissione UE nel settore dei derivati su tassi di interesse²²³. In particolare, la Commissione UE ha appurato che le istituzioni bancarie coinvolte si erano scambiate delle informazioni commercialmente sensibili anche per il tramite di piattaforme di messaggistica istantanea²²⁴.

Sotto il profilo squisitamente legale, questo scenario non comporta particolari problematiche nell'applicazione dei normali principi del diritto della concorrenza. La condotta anticompetitiva è facilmente imputabile ai membri del cartello, rispetto ai quali l'algoritmo o (meglio la piattaforma) rappresenta un mero strumento materiale di implementazione del disegno anticoncorrenziale o, in termini più immaginifici, l'estensione tecnologica della mente umana. Conseguentemente, riprendendo l'esempio di cui sopra rispetto al caso Libor, la situazione è grossomodo equiparabile al caso in cui le banche partecipanti si fossero scambiate le informazioni nel corso di incontri *de visu*.

Ad ogni modo, può essere notato che affidando l'implementazione materiale di un cartello (e.g. scambio di informazioni) ad un intermediario tecnologico, ed incrementando così la distanza tra il partecipante all'intesa anticoncorrenziale e quest'ultima, c'è il rischio che i membri del cartello possano sentirsi meno colpevoli per la loro condotta e, pertanto, essere meno disincentivati dal prendere

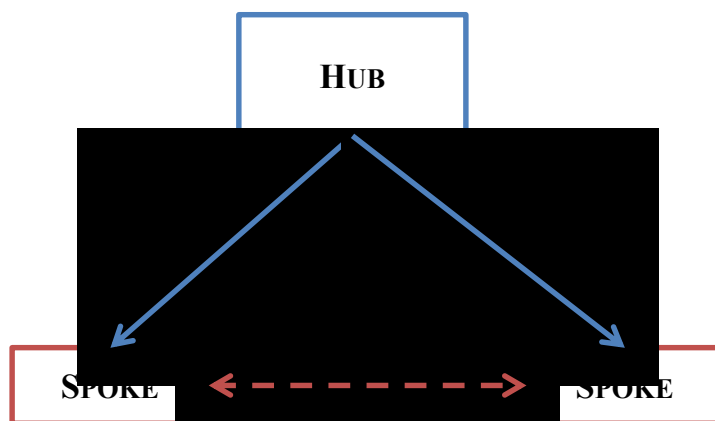
²²³ COMMISSIONE UE, decisione del 4 dicembre 2013, caso AT.39914 – *Derivati sui tassi di interesse in euro*; decisione del 4 dicembre 2013, caso AT.39861 – *Derivati sui tassi di interesse in yen*.

²²⁴ “*The participating traders of the banks were in regular contact through corporate chat-rooms or instant messaging services. The traders' aim was to distort the normal course of pricing components for euro interest rate derivatives. They did this by telling each other their desired or intended EURIBOR submissions and by exchanging sensitive information on their trading positions or on their trading or pricing strategies*” (enfasi aggiunta – Comunicato stampa, *Antitrust: Commission fines Crédit Agricole, HSBC and JPMorgan Chase € 485 million for euro interest rate derivatives cartel*, disponibile al seguente indirizzo: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4304_en.htm>).

parte ad intese anticoncorrenziali²²⁵.

5.2. SCENARIO *HUB & SPOKE*

Un'intesa *hub & spoke* si realizza generalmente quando per il tramite di un soggetto terzo ("*hub*"), attivo ad un diverso livello della filiera di produzione/distribuzione, vengono veicolate informazioni commercialmente sensibili tra due o più soggetti che operano ad un medesimo stadio di mercato ("*spoke*")²²⁶.



Come raffigurato dall'immagine sovrastante, l'elemento caratterizzante i casi *hub & spoke* è rappresentato dalla sussistenza di un'interconnessione tra la condotta degli operatori (gli *spoke*) che si realizza per il tramite dei contatti indiretti

²²⁵ A. EZRACHI, E. STUCKE, op. cit., pag. 42.

²²⁶ Si veda sul punto, V. AURICCHIO ET AL., op. cit., pag. 822 e ss; I. LIANOS, *Collusion in Vertical Relations under Article 81 EC*, in *Common Market Law Review*, 45 (2008), pag. 1027 e ss.; O. ODUDU, *Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion*, in *European Competition Journal*, 7, 2 (2011), pag. 205 e ss.

veicolati dall'*hub*²²⁷.

Traslando queste coordinate generali nel contesto delle piattaforme digitali, un'intesa *hub & spoke* potrebbe venirsi a realizzare quando una piattaforma utilizzi un singolo algoritmo in grado di determinare il prezzo del prodotto offerto, e diversi operatori (in concorrenza tra loro) decidano di adoperare tale algoritmo²²⁸.

Siffatta situazione potrebbe essere ben illustrata prendendo in considerazione la piattaforma *Uber*, che collega gli autisti affiliati alla stessa piattaforma con gli utenti per il tramite di un'applicazione per *smartphone*²²⁹. Il prezzo della corsa non infatti è oggetto di contrattazione tra autista e utente, ma viene determinato sulla base di un algoritmo dinamico predisposto dalla stessa *Uber*. La tariffa di ciascuna corsa prevede una componente base (i.e. un importo base a cui se ne aggiunge un altro parametrato in ragione della durata/distanza della corsa), a cui però l'algoritmo adoperato può aggiungere un sovrapprezzo nel momento in cui si registri un aumento significativo della domanda nella zona di riferimento (c.d. *surge pricing*). Tale aumento potrà aversi in relazione a particolari eventi (e.g. manifestazioni, scioperi) o in ragione del livello generale della domanda registrabile in aree diverse della città²³⁰.

²²⁷ V. AURICCHIO ET AL., op. cit., pag. 824. Secondo gli stessi Autori, le intese *hub & spoke* sarebbero inoltre caratterizzate per la presenza di una componente "condizionale", rappresentata dal fatto che la partecipazione di un operatore a tale scambio informativo mediato sarebbe motivata dalla contestuale partecipazione degli operatori concorrenti, con lo scopo di addivenire ad un coordinamento delle rispettive condizioni contrattuali applicate (e.g. prezzi di vendita) o, in alternativa, al fine di boicottare in maniera concertata un operatore rivale.

²²⁸ A. EZRACHI, M. E. STUCKE, op. cit., pag. 46.

²²⁹ In particolare, l'utente che necessita di prenotare una corsa inviare una richiesta, mediante l'apposita applicazione per *smartphone*, che viene poi trasmessa dalla piattaforma agli autisti affiliati al servizio che sono presenti nelle vicinanze. Per maggiori informazioni è possibile fare riferimento alla pagina italiana dedicata al servizio in parola, disponibile al seguente indirizzo: <https://help.uber.com/it_IT/h/738d1ff7-5fe0-4383-b34c-4a2480efd71e>.

²³⁰ V. *Che cos'è la tariffa dinamica? (surge)*, disponibile al seguente indirizzo: <https://help.uber.com/it_IT/h/e9375d5e-917b-4bc5-8142-23b89a440eec>.

Da quanto appena esposto, si evince che *Uber* sia non solo in grado di determinare la tariffa base utilizzata dai propri autisti – che per quanto affiliati al medesimo servizio, si trovano astrattamente in un rapporto di concorrenza diretta – ma anche le modalità e le tempistiche con cui applicare il *surge pricing* che, dalla prospettiva dell'utente, corrisponde ad un mero sovrapprezzo. Tale considerazione potrebbe portare a ritenere che nel caso in cui *Uber* dovesse divenire l'operatore dominante sul mercato – e che, quindi, non vi siano alternative sul mercato per i consumatori – la stessa *Uber* potrebbe impostare il proprio algoritmo di prezzo al fine di portare i propri autisti affiliati ad applicare dei prezzi sovracompetitivi. Difficilmente ci sarebbe il rischio che gli autisti possano deviare dal prezzo stabilito dall'algoritmo di *Uber* dal momento che la maggior parte dei profitti andrebbe proprio agli stessi autisti.

Giova rilevare che lo scenario appena illustrato, per quanto ipotetico, sembrerebbe essere alla base di una *class action* effettivamente avviata negli Stati Uniti nei confronti del CEO di *Uber* (Travis Kalanick)²³¹, secondo cui questi avrebbe orchestrato un'intesa con gli autisti affiliati al servizio (che quindi ne hanno accettato i termini e le condizioni) finalizzata alla fissazione dei prezzi delle corse, in ragione dell'utilizzo concordato dell'algoritmo di prezzo predisposto dalla stessa *Uber*.

Anche le autorità di concorrenza europee hanno avuto modo di confrontarsi con una possibile intesa *hub & spoke* facilitata da una piattaforma informatica. Un esempio è rappresentato dal caso *Eturas*²³², le cui circostanze fattuali possono

²³¹ *Meyer v. Kalanick*, No. 1:2015cv09796, Doc. 37, Opinion on Motion to Dismiss, (S.D.N.Y. 2016). Per un'analisi approfondita del caso e delle sue possibili implicazioni a livello antitrust, v. N. PASSARO, *How Meyer v. Kalanick Could Determine How Uber and the Sharing Economy Fit into Antitrust Doctrine*, 2016, disponibile al seguente indirizzo: <<https://ssrn.com/abstract=2880204> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2880204>>.

²³² CORTE DI GIUSTIZIA, sentenza del 21 gennaio 2016, *Eturas UAB e a. c. Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, C-74/14, EU:C:2016:42.

essere brevemente riassunte come segue. Alcune agenzie di viaggio lituane aveva fatto ricorso ad una piattaforma comune di prenotazione di viaggi in linea (“E-TURAS”)²³³. L’amministratore della piattaforma (“Eturas”) aveva inviato due messaggi, attraverso la stessa piattaforma, alle agenzie aderenti: (a) con il primo messaggio veniva chiesto di esprimere il proprio voto circa l’opportunità di ridurre il tasso degli sconti concedibili tramite la piattaforma, per farlo passare dal 4% ad un tasso compreso tra l’1% e il 3%; (b) con il secondo messaggio si comunicava l’introduzione di un tetto massimo di sconto pari al 3%, e che qualsiasi sconto superiore a tale soglia sarebbe stato ridotto automaticamente al 3%²³⁴. Successivamente l’autorità di concorrenza lituana aveva avviato un’istruttoria, al termine della quale aveva concluso che 30 agenzie di viaggio nonché la Eturas avevano posto in essere un’intesa anticoncorrenziale avente ad oggetto la fissazione degli sconti accordati per le prenotazioni effettuate mediante la piattaforma E-TURAS. In particolare, a parere dell’autorità di concorrenza lituana, le agenzie di viaggio si erano vicendevolmente informate riguardo al tasso degli sconti che avevano intenzione di applicare in futuro ed in tal modo avevano espresso indirettamente, mediante assenso implicito o tacito, un intento comune in materia di determinazione di prezzi. La stessa Eturas era stata sanzionata, pur non operando sul mercato considerato, avendo agevolato la pratica concordata in questione.

²³³ Il sistema permetteva alle agenzie di viaggio, che avevano acquistato una apposita licenza di utilizzo, di proporre in vendita viaggi attraverso il loro sito internet, secondo una modalità di presentazione della prenotazione uniforme e stabilita dalla Eturas (i.e. l’amministratore del sistema).

²³⁴ Il messaggio era formulato nei seguenti termini “*Tenuto conto delle dichiarazioni, dei suggerimenti e degli auspici delle agenzie di viaggio per quanto riguarda l’applicazione di un tasso di sconto per le prenotazioni di viaggi attraverso Internet, introduciamo la possibilità di accordare sconti via Internet, che oscillano, a scelta, tra lo 0% e il 3%. Tale “tetto” del tasso di sconto aiuterà a preservare l’importo della commissione e a normalizzare le condizioni della concorrenza. Attenzione! Per le agenzie di viaggio che offrono sconti con un tasso superiore al 3%, [quest’ultimo] sarà automaticamente ridotto al 3% a partire dalle ore 14. Qualora abbiate diffuso informazioni sul tasso di sconto vi suggeriamo di modificarle di conseguenza*”.

La decisione dell'autorità di concorrenza veniva così impugnata dinanzi il Tribunale amministrativo regionale di Vilnius²³⁵, il quale aveva proposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, al fine di chiarire se il mero invio del secondo messaggio da parte di Eturas costituisse una prova sufficiente a confermare (o quantomeno a far sorgere una presunzione) che le agenzie di viaggio erano, o avrebbero dovuto essere, a conoscenza del contenuto di tale messaggio e, in assenza di qualsiasi opposizione allo stesso messaggio, a considerare che gli stessi operatori avessero partecipato ad una pratica concordata. La Corte di Giustizia ha quindi affermato che per rispondere a tale quesito si deve fare riferimento alla normativa nazionale relativa alla valutazione delle prove e al grado di intensità di prova richiesto²³⁶, tenendo presente che il principio comunitario di effettività esige che le norme nazionali in questione non rendano impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione delle regole di concorrenza dell'Unione²³⁷. Conseguentemente, l'esistenza di una pratica concordata o di un accordo deve essere dedotta da un certo numero di coincidenze e di indizi che, considerati nel loro insieme, possono costituire, in mancanza di un'altra spiegazione coerente, la prova di una violazione delle normative antitrust²³⁸. Per converso, a parere della Corte di Giustizia, la presunzione di innocenza osta a che si possa dedurre dal solo invio del messaggio in questione che le agenzie di viaggio dovevano necessariamente essere a conoscenza del suo contenuto²³⁹. Le stesse agenzie di viaggio avrebbero potuto confutare la presunzione della propria partecipazione alla pratica concordata dimostrando di essersi pubblicamente dissociate, anche semplicemente trasmettendo la propria obiezione all'amministratore dell'E-turas,

²³⁵ *Vilniaus apygardos administracinis teismas*.

²³⁶ Causa C-74/14, cit., par. 34.

²³⁷ *Id.*, par. 35.

²³⁸ *Id.*, par.36.

²³⁹ *Id.*, par. 39.

o di averla denunciata alle autorità amministrative²⁴⁰.

Alla luce di quanto sopra, è evidente che dal punto di vista dell'*enforcement* della normativa antitrust, il ricorso ad una piattaforma tecnologica comune da parte di più imprese pone non poche difficoltà.

In primo luogo, il ricorso ad un sistema tecnologico comune rende più stabile il cartello, poiché i partecipanti a tale intesa non hanno né la possibilità né tantomeno l'incentivo a deviare dalle condizioni concertate per il tramite della piattaforma comune. Da un lato, infatti, ogni membro del cartello è consapevole che anche gli altri partecipanti all'intesa impiegano la medesima piattaforma, essendo così vincolati alle condizioni da questa previste (e.g. aumenti di prezzo contestuali, sconti applicabili), così incrementando il livello di fiducia tra i membri dello stesso cartello²⁴¹. Dall'altro lato, eventuali "deviazioni" dalle condizioni concertate (e.g. prezzi di vendita) sono facilmente individuabili proprio tramite il sistema tecnologico comune impiegato²⁴².

In secondo luogo, non è facile valutare quando il ricorso ad un medesimo algoritmo, o piattaforma, renda necessario un intervento da parte di un'autorità di concorrenza. Ad esempio, nel caso in cui i servizi offerti per il tramite della piattaforma comune siano più convenienti per i consumatori rispetto a quelli offerti dagli altri operatori presenti sul mercato, sarà difficile che un'autorità di concorrenza ritenga opportuno il proprio intervento²⁴³. Analogamente, non sarà facile determinare se un sistema tecnologico comune sia impiegato per finalità anticoncorrenziali nel momento in cui questo dia luogo ad effetti pro-competitivi²⁴⁴.

²⁴⁰ *Id.*, par. 45 - 48.

²⁴¹ A. EZRACHI, M. E. STUCKE, op. cit., pag. 52.

²⁴² *Id.*, pag. 53.

²⁴³ *Id.*, pag. 54.

²⁴⁴ *Id.*, pag. 55.

6. CONCLUSIONI

Le considerazioni svolte nel presente capitolo bene illustrano la capacità del diritto della concorrenza di poter dar risposta ai nuovi interrogativi posti dalle piattaforme digitali. Alla luce di quanto sopra, non sembrerebbe necessario apportare alcuna modifica al quadro normativo vigente, dal momento che questo risulta sufficientemente flessibile per essere impiegato anche con riferimento ai mercati digitali.

Ciò vale sia con riferimento ad eventuali restrizioni relative all'utilizzo di dette piattaforme, che relativamente alle limitazioni che una piattaforma imponga in capo ad un soggetto fornitore (e.g. struttura alberghiera). Analogamente, il ricorso alle piattaforme digitali per l'implementazione e l'attuazione di intese anticoncorrenziali sembra facilmente riconducibile nell'alveo dell'art. 101 TFUE.

Ad ogni modo, si è potuto osservare che l'interpretazione della normativa antitrust che le autorità di concorrenza operano sembrerebbe in alcuni casi portare ad esiti contrastanti. Si tratta invero di una circostanza in grado di pregiudicare in maniera rilevante la certezza del diritto. Ciò soprattutto in ragione del fatto che la maggior parte delle piattaforme digitali opera contestualmente in più Stati membri.

CAP. 4 – PIATTAFORME DIGITALI E POTERE DI MERCATO: NUOVE FRONTIERE DELL'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

1. INTRODUZIONE

Oggetto del presente capitolo sarà l'applicazione della disciplina di cui all'art. 102 TFUE, che prevede il divieto per le imprese di abusare della propria posizione di dominanza, nel settore delle piattaforme digitali. Anche con riferimento all'applicazione di questa previsione, non si può fare a meno di notare che il settore in esame pone delle affascinanti sfide agli operatori del diritto della concorrenza. Ciò per due ordini di ragioni.

In primo luogo, le caratteristiche economiche dei mercati in parola rendono necessario un generale ripensamento di quelli che sono gli indici generalmente adoperati al fine di desumere che l'impresa, la cui condotta è esaminata, detenga una posizione dominante.

In secondo luogo, le piattaforme digitali pongono nuovi interrogativi circa l'interpretazione, nonché il relativo perimetro di applicazione dell'art. 102 TFUE. Così è ben possibile che si profilino all'orizzonte nuove fattispecie abusive, fino ad oggi impensabili.

Prima di procedere a trattare gli argomenti appena citati, al fine di meglio inquadrare la trattazione, gioverà premettere alcuni brevi cenni in merito alla cornice normativa di cui all'art. 102 TFUE.

2. QUADRO NORMATIVO

L'art. 102 TFUE vieta gli abusi di posizione dominante, ovvero quelle condotte anticompetitive, di tipo unilaterale, poste in essere da un'impresa che detenga un significativo potere di mercato sul mercato interno (i.e. una posizione dominante)²⁴⁵. Tale prescrizione è poi seguita da un elenco esemplificativo di comportamenti che possono integrare una condotta abusiva²⁴⁶.

Alla luce di quanto sopra, un abuso di posizione dominante si compone di tre elementi: (a) l'esistenza di una posizione dominante (che non è vietata in quanto tale), (b) il compimento di una condotta abusiva, (c) il pregiudizio al commercio tra gli Stati membri²⁴⁷.

3. SUSSISTENZA DI UNA POSIZIONE DOMINANTE NEI MERCATI DIGITALI

Il compimento di un abuso di posizione dominante presuppone che l'impresa interessata detenga appunto una posizione di dominanza sul mercato rilevante.

²⁴⁵ “È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo”.

²⁴⁶ “Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi”.

²⁴⁷ G. BRUZZONE, *L'abuso di posizione dominante*, in AA.VV., *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli (2013), pag. 95.

Quest'ultima è generalmente definita come *“una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori”*²⁴⁸.

I fattori generalmente utilizzati al fine di accertare l'esistenza di una posizione dominante sono rappresentati da elementi di varia natura, relativi alla struttura del mercato in generale, alle caratteristiche peculiari dell'impresa (asseritamente dominante), così come i comportamenti delle altre imprese presenti sul mercato²⁴⁹.

Nella presente sezione si andranno quindi ad analizzare alcuni elementi che dovrebbero essere particolarmente tenuti in considerazione nel momento in cui sia necessario accertare se una piattaforma digitale detenga o meno una posizione dominante.

3.1. LE “EFFIMERE” QUOTE DI MERCATO

La detenzione di elevate quote di mercato è sicuramente uno dei primi indici da prendere in considerazione al fine di verificare se una data impresa detenga una posizione dominante²⁵⁰.

Nel caso di mercati caratterizzati da un elevato tasso tecnologico, però, non è possibile inferire che un'impresa goda di un particolare potere di mercato sulla base della sola circostanza che detta impresa detenga una significativa quota di

²⁴⁸ CORTE DI GIUSTIZIA, sentenza del 13 febbraio 1979, *Hoffmann La Roche/Commissione*, C-85/76, EU:C:1979:36.

²⁴⁹ P. FATTORI, M. TODINO, op. cit., pag. 156.

²⁵⁰ T.A.R. Lazio, Sez. I, sentenza del 23 settembre 2008, n. 8481.

mercato. Ciò in quanto, come già visto sopra, in tali mercati la principale variabile concorrenziale è rappresentata dalla qualità dei prodotti offerti, così che un'impresa che intenda mantenere una posizione di primazia rispetto ai propri concorrenti si troverà costretta a migliorare costantemente i propri prodotti²⁵¹. Da ciò deriva che, nei mercati ad alto tasso tecnologico, la detenzione (anche per un lungo periodo) di una elevata quota di mercato potrà al più rappresentare evidenza che l'impresa di cui trattasi è stata in grado di offrire un prodotto qualitativamente migliore rispetto a quelli dei propri rivali, ma non certo del grado di concorrenza caratterizzante il mercato in questione.

Così, la Commissione UE nella concentrazione *Facebook/WhatsApp* aveva rilevato che il settore dei servizi di comunicazione per consumatori rappresentava un nuovo mercato ad alto tasso di crescita, caratterizzato da frequenti ingressi sul mercato di nuovi operatori, in cui elevate quote di mercato potrebbero risultare “effimere”, e non necessariamente indicative della sussistenza di potere di mercato²⁵².

Dal punto di vista più empirico, tali considerazioni sono corroborate dagli sconvolgimenti tecnologici che hanno riguardato il mercato dei *browser* per internet, dove *Google Chrome* ha scalzato *Internet Explorer* dal primato dell'essere il *browser* più utilizzato²⁵³, e degli *smartphone*, dove l'ex leader del settore, *Blackberry*, detiene ora una quota di mercato pari allo 0,0482%²⁵⁴.

²⁵¹ OFFICE OF FAIR TRADING, *Assessment of market power*, OFT415, 2004, par. 4.4, disponibile al seguente indirizzo: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284400/oft415.pdf>.

²⁵² COMMISSIONE UE, caso COMP/M.7217, cit., par. 99.

²⁵³ D. ORF, *Google Chrome is now the most popular web browser*, in *Gizmodo*, 5 febbraio 2016, disponibile al seguente indirizzo: <<http://gizmodo.com/google-chrome-is-now-the-most-popular-web-browser-1774266161>>.

²⁵⁴ GARTNER, *Gartner Says Worldwide Sales of Smartphones Grew 7 Percent in the Fourth Quarter of 2016*, 15 febbraio 2017, disponibile al seguente indirizzo: <<http://www.gartner.com/newsroom/id/3609817>>.

Ad ogni modo, qualora si intendesse comunque utilizzare le quote di mercato al fine di inferirne la sussistenza di una posizione dominante, dovrà tenersi in considerazione che nel contesto dei mercati digitali, ove la maggior parte dei servizi sono offerti in maniera gratuita agli utenti, dovrà preferibilmente farsi riferimento alle quote di mercato espresse in volume piuttosto che in valore²⁵⁵.

È evidente, infatti, che le quote di mercato in valore di un'impresa che offra un proprio servizio gratuitamente agli utenti (e.g. *WhatsApp*) possono essere prossime allo 0% e, pertanto, non in grado di “fotografare” in maniera adeguata la posizione di mercato di detta impresa; così come invece succederebbe ove si considerasse la quota di mercato servito dalla impresa di cui trattasi (i.e. le relative quote di mercato espresse in volume). In tali termini si è infatti espressa la Commissione UE. Quest'ultima nel valutare la posizione di mercato delle parti nel contesto concentrazione *Microsoft/Skype* aveva ritenuto che “[i]n the present case, the Commission considers that market shares in volume constitute better indicators than market shares in value as most of the consumer communications services are provided free of charge”²⁵⁶.

3.2. EFFETTI DI RETE

In generale la presenza di effetti di rete in un mercato è associata alla sussistenza di rilevanti barriere all'ingresso sullo stesso. Ciò in quanto, la presenza di tali effetti in un mercato rende più difficile per i clienti di un'impresa passare ad un nuovo fornitore, dando così luogo ad un irrobustimento delle barriere all'entrata presenti su tale mercato²⁵⁷.

²⁵⁵ M. MAHER ET AL., op. cit., pag. 20.

²⁵⁶ COMMISSIONE UE, decisione del 7 ottobre 2011, caso M.6281 – *Microsoft/Skype*, par. 78-80.

²⁵⁷ COMMISSIONE UE, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, in GU C 45 del 24 febbraio 2009, pag. 7, par. 17; LAMADRID,

Tale considerazione vale anche con riferimento agli effetti indiretti di rete. Questi, infatti, risultano generalmente in grado di contribuire ad un facile aumento del potere di mercato di una piattaforma sui tutti i versanti da questa serviti e, in un certo qual modo, possono comportare anche un *lock-in* degli utenti di una determinata rete in ragione dei costi di *switching* associati e, in alcuni casi, delle difficoltà per uno *switching* collettivo da parte di una pluralità di utenti²⁵⁸.

Ad ogni modo, va comunque rilevato che non sempre la sussistenza di effetti di rete all'interno di un mercato sia foriera di problematiche, specialmente sotto il profilo concorrenziale. È evidenza di tale conclusione la recente decisione della Commissione UE relativa alla concentrazione *Facebook/WhatsApp*²⁵⁹. In dettaglio, nella decisione viene posto in evidenza che l'esistenza di effetti di rete non indica a priori che nel mercato interessato (da una concentrazione) vi siano criticità di tipo concorrenziale, tali effetti andranno invero esaminati caso per caso²⁶⁰. Con particolare riferimento al mercato delle applicazioni di messaggistica per consumatori, la Commissione UE ha evidenziato che: (a) è improbabile che qualsiasi posizione di primazia su questo mercato possa divenire incontestabile, in ragione del costante ingresso sul mercato di nuovi operatori²⁶¹; (b) gli utenti hanno possibilità di poter utilizzare contestualmente due o più

ALFONSO. *The Double Duality of Two-Sided Markets*, in A. ORTIZ, *Internet Competition & Regulation Of Online Platforms*, 2016, pag. 99.

²⁵⁸ G. GÜRKAYNAK, op. cit., pag. 7.

²⁵⁹ COMMISSIONE UE, decisione del 3 ottobre 2014, caso COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp*. Per una disamina del caso v. V. Mosca, *Diritti di proprietà intellettuale e disciplina delle concentrazioni – Rassegna delle decisioni comunitarie*, 2014, in AA.VV., *Concorrenza e mercato: Antitrust, regulation, consumer Welfare, Intellectual property*, Milano (2015), pag. 547-551.

²⁶⁰ COMMISSIONE UE, caso COMP/M.7217, cit., par. 130.

²⁶¹ *Id.*, par. 132.

applicazioni di messaggistica (c.d. *multihoming*)²⁶². Tali elementi, unitamente al fatto che le parti coinvolte nell'operazione non possedevano elementi essenziali della rete o nei sistemi operativi (e.g. né *WhatsApp* né *Facebook Messenger* risultavano preinstallati su una gamma rilevante di dispositivi), hanno portato a ritenere che, nonostante il mercato in esame fosse caratterizzato dalla presenza di effetti di rete, questi sarebbero risultati inadeguati a “proteggere” l'entità risultante dalla concentrazione dalle pressioni concorrenziali di *competitor* presenti e futuri²⁶³.

Le summenzionate considerazioni valgono a dimostrare che la sussistenza di effetti di rete non è di per sé sintomatica di problematiche concorrenziali, atteso che vi sono delle circostanze in grado di limitarne la portata, soprattutto con riferimento al *lock-in* dei clienti della piattaforma. Per converso, gli stessi effetti di rete possono essere un elemento facilitante dell'uscita dal mercato di un operatore. Invero – tenendo presente che le piattaforme digitali generalmente operano in mercati a doppio versante – una rilevante perdita di utenti, appartenenti ad un dato gruppo di clienti della piattaforma, potrebbe comportare anche una diminuzione significativa del numero di utenti sull'altro lato della piattaforma. È questo il motivo per cui anche un operatore dominante in un mercato multiversante è soggetto ad importanti pressioni concorrenziali da operatori nuovi entranti. Tale circostanza è particolarmente vera nel caso dei mercati digitali, dove gli utenti possono decidere di passare da una piattaforma all'altra con pochi semplici *click*²⁶⁴. A tal riguardo è emblematico il declino della piattaforma *Myspace* in favore di *Facebook*²⁶⁵.

²⁶² Cfr. Cap. 1.

²⁶³ COMMISSIONE UE, caso COMP/M.7217, cit., par. 135.

²⁶⁴ J. E. HARRINGTON, Y. KATSOULACOS, *Recent Advances in the Analysis of Competition Policy and Regulation*, Cheltenham (2012), pag. 174.

²⁶⁵ H. JACOBS, *Former MySpace CEO explains why Facebook was able to dominate social media despite coming second*, in *Business Insider*, 9 maggio 2015, disponibile al seguente

3.3. ACCUMULAZIONE DI DATI COME FORMA DI POTERE DI MERCATO

La raccolta e l'utilizzo dei dati degli utenti è una delle principali caratteristiche delle piattaforme digitali. Tali dati, che in molti casi rappresentano anche la "moneta" con cui gli utenti pagano il loro accesso a servizi apparentemente gratuiti, vengono raccolti ed analizzati dalle piattaforme al fine di ottenere una conoscenza più approfondita della domanda, e così adeguare i propri servizi alle preferenze dei consumatori, oltre che per fornire agli inserzionisti degli spazi pubblicitari in grado di meglio catturare gli occhi dei consumatori²⁶⁶. È ben possibile, inoltre, che gli stessi dati vengano ceduti avverso un corrispettivo economico ai c.d. *data broker*, ossia intermediari attivi nella commercializzazione dell'input in questione.

Data l'importanza strategica dei dati relativi alle preferenze degli utenti, è lecito domandarsi se tale *input* possa rappresentare una fonte di potere di mercato per un'impresa che detenga tali informazioni. In generale, può ritenersi che il possesso di dati non sia di per sé un indice della sussistenza di potere di mercato, dovendosi tale situazione far discendere dalle circostanze fattuali del caso concreto. In linea generale è però possibile ritenere che l'esistenza di una forma di potere di mercato dipenda dalla: (a) facilità con cui le informazioni possono essere replicate, (b) rilevanza della varietà e dell'ampiezza delle banche dati ai fini della competitività di un'impresa²⁶⁷.

Per ciò che riguarda il primo profilo, deve rilevarsi che i dati per loro natura sono

indirizzo <<http://www.businessinsider.com/former-myspace-ceo-explains-why-facebook-was-able-to-dominate-social-media-despite-coming-second-2015-5?IR=T>>.

²⁶⁶ M. MAGGIOLINO, *Concorrenza e piattaforme: tra tradizione e novità*, in AA.VV., *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione*, Bologna (2016), pag. 57.

²⁶⁷ M. MAHER ET AL., op. cit., pag. 21.

dei beni non rivali, nel senso che il fatto che un determinato operatore abbia raccolto un dato non esclude che altri possano farlo. Ciò è particolarmente vero per i dati personali dei consumatori (e.g. data di nascita, sesso) dal momento che questi vengono utilizzati (o meglio richiesti) per l'accesso a numerosi servizi²⁶⁸. Così ad esempio, un consumatore utilizzerà la propria data di nascita sia per registrarsi ad un social network che ad una piattaforma di e-commerce.

Allo stesso tempo, nel valutare la replicabilità dei dati non dovrà farsi riferimento alla semplice dimensione quantitativa ma anche la diversità di valore. Nel senso che, mentre alcuni dati hanno valore duraturo (e.g. data di nascita) e possono quindi essere raccolti una sola volta da ciascun operatore interessato, ciò non vale per quei dati il cui valore muta con il passare del tempo e che, pertanto, assumono rilevanza solo per un breve arco temporale (e.g. preferenze degli utenti)²⁶⁹. Difficilmente potrà ritenersi che il possesso di tali dati, il cui valore è transitorio, possa dare luogo ad una qualche forma di potere di mercato²⁷⁰.

Analogamente, va inoltre rilevato che una medesima informazione può essere ottenuta partendo da dati diversi²⁷¹. Così le preferenze di un utente in tema di film possono essere ottenute tanto sulla base dei contenuti da questi visualizzati su una piattaforma di streaming, che in ragione dei film dallo stesso utente acquistati su una piattaforma di e-commerce.

Alla luce di quanto sopra, la raccolta di dati può rappresentare una barriera all'ingresso nel momento in cui nuovi operatori che intendano affacciarsi sul

²⁶⁸ I. GRAEF, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, op. cit., pag. 252.

²⁶⁹ D.S. TUCKER, H.B. WELLFORD, *Big Mistakes Regarding Big Data*, in *The Antitrust Source*, 14, 2.1 (2014), pag. 4.

²⁷⁰ "It might not be easy to build a strong market position using data that quickly goes out of date. So we need to look at the type of data, to see if it stays valuable" (M. VESTAGER, discorso del 17 gennaio 2016, *Competition in a big data world*).

²⁷¹ I. GRAEF, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, op. cit., pag. 252.

mercato non siano nella condizione di ottenere i medesimi dati di cui sono possesso le imprese già attive su tale mercato. Tale criticità è ben descritta dal CMA nel seguente passaggio: “*larger online platforms may have some competitive advantage if there is proprietary data to which they have access. To the extent such data is inaccessible to rivals, it may confer a form of ‘unmatchable advantage’, making it hard for competitors to compete although this depends on the facts of the particular case*”²⁷².

Tecnicamente un operatore nuovo entrante può ottenere i dati di cui ha bisogno per il tramite di un soggetto terzo, ovvero da una società attiva su tale mercato e che decida di cedere i propri dati, o da un intermediario specializzato (c.d. *data broker*). Ad ogni modo, è ben possibile che l’intermediario non sia in grado di fornire una banca dati paragonabile a quella in possesso degli operatori *incumbent*, per varietà o estensione. Sembrerebbe essere questo il caso dei social network e dei motori di ricerca, dal momento che se i dati in loro possesso fossero facilmente replicabili, allora gli investimenti effettuati da questi operatori (che offrono finanche i loro servizi in maniera gratuita) non avrebbero alcun senso economico²⁷³.

Venendo ora al profilo *sub* (b), si è già avuto modo di illustrare la rilevanza dal punto di vista economico dei dati nel caso delle piattaforme digitali. Ciò detto, in questi settori, già di per sé particolarmente concentrati, il possesso e l’utilizzo di dati può rappresentare una fonte di potere di mercato nel momento in cui il maggior accesso ai dati, permette di poter migliorare i servizi offerti, e conseguentemente attrarre un maggior numero di consumatori alla piattaforma

²⁷² CMA, *UK Competition and Markets Authority response to the European Commission’s consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*, par. 14, disponibile al seguente indirizzo: <http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-7/uk_cma_14046.pdf>.

²⁷³ I. GRAEF, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, op. cit., pag. 254.

(c.d. effetto *snowball*); con la conseguenza che imprese nuove entranti sul mercato (non in possesso di un volume sufficientemente rilevante di dati) potrebbero trovarsi nella situazione di non essere capaci di attrarre nuovi clienti, vedendosi così diminuire ulteriormente le loro fonti di dati²⁷⁴.

3.4. MODALITÀ DI UTILIZZO DELLA PIATTAFORMA (SINGLE-HOMING/MULTI-HOMING)

Come già visto²⁷⁵, è possibile distinguere due diverse modalità di utilizzo delle piattaforme digitali. Un utente può infatti utilizzare una sola piattaforma per soddisfare le proprie esigenze (c.d. *single-homing*), oppure può fare ricorso a due o più piattaforme per i medesimi fini (c.d. *multi-homing*).

Sebbene vi sia un generale consenso per cui l'esistenza di fenomeni di *multi-homing* dia luogo ad una riduzione del potere di mercato di un'impresa²⁷⁶, allo stesso tempo non può sottacersi del fatto che una situazione di perfetto *multi-homing*, in cui ogni utente di un servizio faccia parallelo utilizzo di un altro servizio concorrente, rappresenta una circostanza di difficile verifica²⁷⁷. Ciò rimane vero anche nel caso in cui i servizi in questione siano offerti gratuitamente, e ciò per due ordini di ragioni: (a) i consumatori potrebbero essere disincentivati dall'utilizzare servizi alternativi in ragione degli *switching cost* esistenti; (b) la circostanza che i servizi siano offerti in maniera gratuita potrebbe

²⁷⁴ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT, pag. 13.

²⁷⁵ Cap. 1, sez. 3.2.

²⁷⁶ M. ARMSTRONG, *Competition in two-sided markets*, in *RAND Journal Economics*, 37, 3 (2006), pag. 668-691.

²⁷⁷ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT, op.cit., pag. 28-29.

aumentare la rilevanza che ciascun consumatore attribuisce alla qualità e all'affidabilità di un dato servizio²⁷⁸.

4. NUOVE FRONTIERE DELL'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

Fatte le dovute premesse metodologiche in merito all'approccio da adottare al fine di accertare l'esistenza di una posizione dominante nel contesto dei mercati digitali, nella presente sezione si andranno ad esaminare alcune delle possibili condotte abusive che potrebbero essere poste in essere da una piattaforma digitale. A tal riguardo, va precisato che non sarebbe immaginabile passare in rassegna la totalità degli abusi di posizione dominante che una piattaforma digitale potrebbe astrattamente compiere. Pertanto, ci si riferirà esclusivamente a quelle condotte che per il loro carattere innovativo e la loro rilevanza pratica appaiono attualmente di maggiore interesse.

In particolare, si esamineranno di seguito due filoni di condotte. Il primo, è rappresentato dalle condotte che potenzialmente potrebbero essere commesse da un soggetto (in posizione dominante) che si trovi nella disponibilità di alcuni dati, traendo così un vantaggio competitivo da tale situazione. Il secondo, è invece rappresentato da una suggestiva teoria del danno che è attualmente oggetto di dibattito tra i commentatori, ossia la possibilità che un operatore in posizione dominante possa commettere un abuso nel momento in cui favorisca la propria attività rispetto a quella degli operatori rivali.

²⁷⁸ *Ibid.*

4.1. CONDOTTE LEGATE AL POSSESSO DI DATI

4.1.1. ACCESSO DISCRIMINATORIO AI DATI

La condotta in esame potrebbe venirsi a realizzare nel momento in cui un operatore (e.g. una piattaforma digitale), verticalmente integrato nel mercato al dettaglio, utilizzi l'accesso ai dati nella sua disponibilità nel mercato a monte, al fine di ottenere un indebito vantaggio nei confronti degli altri operatori attivi nel mercato a valle²⁷⁹. Ad esempio, un'impresa verticalmente integrata (fornitrice di un input essenziale) potrebbe venire a conoscenza di informazioni commercialmente sensibili circa i dati delle vendite e delle preferenze di acquisto dei clienti dei propri concorrenti (attivi nel mercato a valle), e sulla base di tali informazioni potrebbe artificiosamente alterare la propria strategia commerciale (al fine di sottrarre clientela ai propri rivali).

Un esempio pratico assimilabile alla condotta in esame è fornito dal caso francese *Cedegim*²⁸⁰. In questo caso, l'Autorità francese aveva preliminarmente rilevato che le case farmaceutiche, al fine di ottimizzare il lavoro della propria forza vendite, usavano due strumenti: (a) banche dati contenenti informazioni relative ai nomi e agli indirizzi dei medici, nonché altre informazioni rilevanti (e.g. turni di visita) e (b) software per la gestione della clientela (CRM) tramite cui le summenzionate informazioni venivano elaborate ed utilizzate. Cedegim, operatore attivo sia nella fornitura di database medici che nel mercato a valle dei software CRM, si era rifiutato di vendere il proprio database Onekey – costituente di fatto lo standard nel settore – alle imprese farmaceutiche che utilizzavano il software CRM commercializzato dall'impresa rivale Euris. Tale discriminazione non era invece operata nei confronti delle imprese che utilizzavano software CRM alternativi a quello fornito dalla Euris.

²⁷⁹ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT, op.cit., pag. 18-19.

²⁸⁰ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, decisione dell'8 luglio 2014, n. 14-D-06 – *Cedegim*.

Ebbene, secondo l’Autorità francese, tale discriminazione aveva fatto perdere a Euris ogni possibilità di svilupparsi sul mercato dei software CRM, in quanto le imprese farmaceutiche non avrebbero avuto alcun incentivo a comprare il sistema gestionale prodotto da Euris dal momento che così facendo non avrebbero avuto accesso alla principale banca dati presente sul mercato. In ragione di ciò, l’Autorità francese aveva sanzionato Cegedim con un’ammenda di EUR 5,7 milioni, ordinando alla stessa impresa di astenersi dall’operare discriminazioni tra i propri clienti in ragione del software CRM usato.

4.1.2. CONDOTTE ABUSIVE IN MERCATI ADIACENTI

La condotta in esame potrebbe venire a realizzarsi nel momento in cui un operatore si trovi nella disponibilità di dati relativi ad un dato mercato e decida di utilizzare tali dati per derivarne o accrescere il proprio potere di mercato in un altro mercato²⁸¹.

Così, ad esempio, un operatore potrebbe vincolare la vendita di una propria banca dati all’utilizzo, da parte dei clienti, di un software gestionale realizzato dallo stesso operatore²⁸². Sebbene, una tale condotta potrebbe essere giustificata in termini di efficienza, è evidente il detrimento che ne avrebbero i rivali dell’operatore in questione, nel momento in cui il database in suo possesso dovesse rappresentare lo standard di settore. Si tratta invero di un’ipotesi molto simile a quanto avvenuto nel caso *Cedegim* sopra citato.

Peraltro, la condotta in esame è di facile verifica in quei casi in cui vi sia un operatore che agisca in qualità di monopolista, o comunque nei settori

²⁸¹ CMA, *The commercial use of consumer data*, CMA 38, 2015, pag. 90, disponibile al seguente indirizzo: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf.

²⁸² *Ibid.*

liberalizzati, ove gli operatori (*ex-*)*incumbent* sono generalmente in possesso di informazioni particolarmente riservate ottenute nell'espletamento del servizio pubblico affidatogli (e.g. nominativi di tutta la clientela)²⁸³. Tale asimmetria informativa potrebbe essere utilizzata per strategie commerciali difficilmente replicabili dagli operatori concorrenti in mercati adiacenti rispetto a quelli in cui operi, o abbia operato, l'operatore *incumbent*.

Può leggersi in questi termini, la sanzione di EUR 1,1 milioni comminata dall'autorità di concorrenza belga (Autorité belge de la Concurrence) al gestore (monopolista) della lotteria nazionale²⁸⁴. In particolare, l'operatore, una volta entrato nel mercato delle scommesse sportive, aveva utilizzato la banca dati relativa agli utenti in suo possesso, in quanto monopolista nella gestione della lotteria, per inviare una email massiva a tutti i propri clienti in cui si annunciava il lancio di un nuovo un nuovo tipo scommessa sportiva.

4.1.3. PREZZI PERSONALIZZATI

L'utilizzo dei *big data* rende potenzialmente possibile alle imprese una ricostruzione del profilo di ciascun consumatore, delle sue abitudini di acquisto, nonché del suo reddito. Sulla scorta di tali informazioni è ben possibile per un'impresa andare a valutare la propensione di acquisto di un consumatore rispetto ad un dato bene o servizio e, sulla base di tale elemento, allocare tale cliente all'interno di un *cluster* di utenti. L'operatore (in posizione dominante) sarebbe poi in grado di fissare a livelli diversi il prezzo di un dato prodotto/servizio sulla base del *cluster* di utenti a cui il consumatore appartiene²⁸⁵.

²⁸³ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT, op.cit., pag. 20.

²⁸⁴ Comunicato stampa del 23 settembre 2015, disponibile al seguente indirizzo: <http://economie.fgov.be/en/binaries/20150923_Press_release_15_BCA_tcm327-272707.pdf>.

²⁸⁵ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT, op. cit., pag. 21.

È evidente che siffatto scenario sembrerebbe porsi in apparente contrasto con il principio di non discriminazione, di cui l'art. 102 TFUE costituisce una concretizzazione. La previsione in parola, infatti, dovrebbe teoricamente garantire la correttezza e l'equità nei rapporti negoziali, evitando che un operatore in posizione dominante sfrutti le proprie controparti commerciali²⁸⁶. Invero, sono limitati i casi in cui un'autorità di concorrenza è intervenuta per sanzionare casi di discriminazione abusiva, nella maggior parte dei casi ove ciò è avvenuto il carattere discriminatorio della condotta abusiva si accompagnava ad altre forme di abuso²⁸⁷.

D'altro canto, va considerato che dal punto di vista economico, l'applicazione di prezzi differenziati comporta sicuramente l'applicazione di prezzi più alti per un dato gruppo di utenti ma, al contempo, è pur vero che altri utenti dovranno pagare un prezzo più basso (rispetto a quello normale). Nell'ottica di un'impresa razionale, questo secondo gruppo di utenti potrebbe essere rappresentato dagli utenti meno abbienti che, in assenza della discriminazione di prezzo, non avrebbero potuto permettersi di acquistare il prodotto/servizio offerto dall'impresa dominante; con la conseguenza che siffatta discriminazione comporterebbe in realtà un aumento del benessere sociale, dal momento che il numero delle transazioni commerciali concluse sarà più alto che in una situazione in cui l'impresa dominante applichi un prezzo univoco alla propria clientela²⁸⁸.

Conseguentemente, nel caso in cui si dovesse ritenere che l'obiettivo della normativa antitrust sia quello della tutela del benessere totale, allora la pratica in

²⁸⁶ M. MAGGIOLINO, *Big Data e prezzi personalizzati*, in AA.VV., *Concorrenza e mercato: Antitrust, regulation, consumer Welfare, Intellectual property*, 23, Milano (2016), pag. 123.

²⁸⁷ R. O'DONOGHUE, J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oxford 2013, pag. 789.

²⁸⁸ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT, op. cit., pag. 21.

esame potrebbe ritenersi di per sé non illecita; diversamente, nel caso in cui scopo delle regole di concorrenza fosse quello di tutelare i consumatori, allora i prezzi discriminatori dovrebbero essere considerati anticoncorrenziali dal momento che permettono all'impresa di appropriarsi dell'intero surplus dei consumatori²⁸⁹. Sotto quest'ultimo profilo, può essere utile rilevare che, nell'applicare la normativa antitrust, le autorità di concorrenza debbano fare riferimento al benessere dei consumatori nel loro complesso e non a livello individuale; come osservato dalla Corte di Giustizia nel caso *Asnef*²⁹⁰: “*alla luce dell’art. [101(3) TFUE], ciò che deve essere preso in considerazione è il carattere favorevole degli effetti sull’insieme dei consumatori nei mercati rilevanti, e non l’impatto su ciascun membro di tale categoria di consumatori*”²⁹¹.

Infine, sotto il profilo meramente empirico, può rilevarsi che è più difficile che un'impresa in posizione dominante applichi prezzi discriminatori ai propri utenti, ciò in quanto tale condotta potrebbe avere delle conseguenze sul piano reputazionale: gli utenti potrebbero infatti sentirsi ingannati dall'impresa e, conseguentemente, perdere fiducia nella stessa²⁹².

4.1.4. RIDUZIONE DELLA PRIVACY DEGLI UTENTI

Costituisce un principio consolidato che eventuali problematiche connesse alla privacy (degli utenti) non ricadono nel perimetro applicativo delle norme di concorrenza. In questi termini si è espressa la Corte di Giustizia, secondo cui

²⁸⁹ M. MAGGIOLINO, *Big Data e prezzi personalizzati*, op. cit., pag. 123-124.

²⁹⁰ CORTE DI GIUSTIZIA, sentenza del 23 novembre 2006, *Asnef-Equifax*, C-238/05, EU:C:2006:734.

²⁹¹ *Id.*, par. 70.

²⁹² M. BORREAU ET AL., *Big data and Competition Policy: Market power, personalised pricing and advertising*, 16 febbraio 2017, pag. 47, disponibile al seguente indirizzo: <http://www.cerre.eu/sites/cerre/files/170216_CERRE_CompData_FinalReport.pdf>.

“poiché le eventuali questioni relative alla natura riservata dei dati a carattere personale non rientrano, in quanto tali, nel diritto della concorrenza, le stesse possono essere risolte sulla base delle disposizioni rilevanti in materia di tutela di tali dati”²⁹³. Ad analoghe conclusioni è recentemente giunta la Commissione UE con riferimento alla concentrazione *Facebook/WhatsApp* (“[a]ny privacy-related concerns flowing from the increased concentration of data within the control of Facebook as a result of the Transaction do not fall within the scope of the EU competition law rules but within the scope of the EU data protection rules”²⁹⁴).

Ciò detto, va dato conto del fatto che recentemente il Bundeskartellamt (autorità di concorrenza tedesca) ha avviato un’istruttoria nei confronti di Facebook²⁹⁵. Quest’ultima avrebbe abusato della propria posizione dominante nel mercato dei social network, imponendo ai propri utenti delle condizioni e dei termini di utilizzo (del servizio) in violazione della normativa sulla *privacy*. Così facendo, a parere del Bundeskartellamt, Facebook avrebbe applicato ai propri utenti delle condizioni non eque.

La teoria del danno che il Bundeskartellamt è intenzionata ad adottare nel caso in esame è stata ulteriormente elaborata in un recente documento di lavoro pubblicato dalla medesima autorità, congiuntamente all’Autorité de la concurrence (autorità di concorrenza francese), ove si afferma che: “*privacy policies could be considered from a competition standpoint whenever these policies are liable to affect competition, notably when they are implemented by a*

²⁹³ CORTE DI GIUSTIZIA, C-238/05, cit., par. 63.

²⁹⁴ COMMISSIONE UE, caso COMP/M.7217, cit., par. 164.

²⁹⁵ BUNDESKARTELLAMT, comunicato stampa del 2 marzo 2016, *Bundeskartellamt initiates proceeding against Facebook on suspicion of having abused its market power by infringing data protection rules*, disponibile al seguente indirizzo: <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html?nn=3591568>.

dominant undertaking for which data serves as a main input of its products or services. In those cases, there may be a close link between the dominance of the company, its data collection processes and competition on the relevant markets, which could justify the consideration of privacy policies and regulations in competition proceedings” (enfasi aggiunta)²⁹⁶.

L’approccio del Bundeskartellamt nel caso di specie fa sorgere numerosi interrogativi. In primo luogo, è lecito domandarsi se Facebook effettivamente detenga una posizione dominante nel presunto mercato dei social network o, in altri termini, se lo stesso operatore rappresenti una controparte commerciale inevitabile. Sul punto, può rilevarsi che nel caso in cui gli utenti fossero soddisfatti dei termini di servizio offerti da Facebook, potrebbero liberamente decidere di abbandonare il social network in questione in favore di un servizio concorrente²⁹⁷. Invero, secondo il Bundeskartellamt, gli utenti potrebbero non essere a conoscenza dei termini di servizio applicati da Facebook. Nel comunicato stampa relativo al caso si legge infatti che “[i]n order to access the social network, users must first agree to the company's collection and use of their data by accepting the terms of service. It is difficult for users to understand and assess the scope of the agreement accepted by them” (enfasi aggiunta).

In secondo luogo, è necessario ed opportuno chiedersi se, stante le scarse risorse di cui dispongono le autorità di concorrenza, sia opportuno che queste intervengano nei confronti di condotte sanzionabili ai sensi di altre branche del diritto, sconfinando quindi nell’ambito di azione di altre autorità di settore²⁹⁸.

²⁹⁶ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT, op. cit., pag. 23.

²⁹⁷ R. MCLEOD, *Novel But a Long Time Coming: The Bundeskartellamt Takes on Facebook*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 7, 6 (2016), pag. 367.

²⁹⁸ A. LAMADRID DE PABLO, *Facebook, Privacy and Article 102- a first comment on the Bundeskartellamt’s investigation*, in *Chillin’Competition blog*, disponibile al seguente indirizzo: <<https://chillingcompetition.com/2016/03/02/facebook-privacy-and-article-102-a-first-comment-on-the-bundeskartellamts-investigation/>>.

4.1.5. RIFIUTO A CONTRARRE ED *ESSENTIAL FACILITY*

La condotta in esame potrebbe verificarsi nel momento in cui il detentore di alcuni dati che rappresentino un *input* essenziale per altri operatori neghi a questi ultimi l'accesso a tale risorsa²⁹⁹. Si tratta quindi di una traslazione della dottrina dell'*essential facility* nel settore dei dati³⁰⁰.

La giurisprudenza della Corti europee ha di fatto limitato al ricorrere di talune circostanze l'applicabilità della dottrina in esame. In particolare, in linea con consolidati precedenti giurisprudenziali³⁰¹, può ritenersi che un rifiuto da parte del titolare di una *essential facility* costituisca un abuso di posizione dominante solamente qualora tale rifiuto: (a) riguardi un bene la cui fornitura sia indispensabile per l'esercizio dell'attività di un terzo; (b) possa determinare l'esclusione totale della concorrenza sul mercato derivato; (c) ostacoli l'emergere di un prodotto nuovo, per il quale esista una domanda potenziale da parte dei consumatori; (c) non sia giustificato da considerazioni obiettive³⁰².

In merito all'applicazione dei suddetti criteri nel settore dei dati possono farsi le seguenti considerazioni. Con riferimento al criterio *sub* (a), valgono le considerazioni svolte alla sez. 3.2, per cui in linea generale i dati non potrebbero

²⁹⁹ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT, op. cit., pag. 17.

³⁰⁰ Secondo la dottrina dell'*essential facility*, un'impresa detentrici di un'infrastruttura essenziale, il cui accesso da parte di operatori terzi è imprescindibile per lo svolgimento di attività economiche in un mercato a valle, può porre in essere una condotta abusiva nel caso in cui neghi, ovvero imponga ai suoi concorrenti su detto mercato a valle, condizioni di accesso all'infrastruttura inique (P. FATTORI, M. TODINO, op. cit., pag. 185).

³⁰¹ CORTE DI GIUSTIZIA, sentenza del 26 novembre 1998, *Bronner*, C-7/97, EU:C:1998:569, par. 44-45; sentenza del 29 aprile 2004, *IMS Health*, C-418/01, EU:C:2004:257, par. 34-52; TRIBUNALE UE, sentenza del 17 settembre 2007, *Microsoft*, T-201/04, EU:T:2007:289, par. 320-336.

³⁰² M. SIRAGUSA ET AL, *L'abuso di posizione dominante*, in AA.VV., *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, op. cit., pag. 1125.

considerarsi un asset indispensabile in ragione del carattere non rivale di tale risorsa, salve le eccezioni sopra richiamate.

Per ciò che riguarda il criterio *sub* (b), può ritenersi che tale criterio debba essere interpretato nel senso che questo può essere soddisfatto solamente qualora il detentore dell'*input* essenziale sia operante nel mercato derivato e decida di riservarsi tale mercato rifiutandosi di contrarre con un operatore rivale³⁰³. Conseguentemente, una piattaforma digitale non potrebbe essere costretta a fornire i dati in proprio possesso a quegli operatori che necessitino di tale *input* per operare in un mercato nel quale tale piattaforma non sia attiva³⁰⁴.

Venendo al criterio *sub* (c), è evidente che tale criterio non sarebbe soddisfatto nel momento in cui il soggetto che richiede l'accesso alle informazioni detenute dalla piattaforma dominante intenda utilizzare tale *input* per creare un prodotto del tutto simile (i.e. non caratterizzato da alcuno sviluppo tecnico) rispetto a quello già offerto da detta piattaforma³⁰⁵.

Infine, per ciò che riguarda il criterio *sub* (d), ovviamente la legittimità di eventuali giustificazioni al rifiuto a contrarre dipenderà dalle circostanze fattuali di ogni singolo caso³⁰⁶. Ad ogni modo, è possibile ritenere che almeno due giustificazioni potrebbero essere eccepite dall'impresa dominante al fine di giustificare il rifiuto di concedere i dati in proprio possesso: (i) la circostanza che la stessa piattaforma abbia intenzione di commercializzare lei stessa il “nuovo prodotto” di cui al criterio *sub* (c);³⁰⁷ (ii) il fatto che l'eventuale cessione dei dati

³⁰³ I. GRAEF, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, op. cit., pag. 272.

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ *Id.*, pag. 273.

³⁰⁶ R. O'DONOGHUE, J. PADILLA, op. cit., pag. 563.

³⁰⁷ *Id.*, pag. 566.

in parola potrebbe pregiudicare la riservatezza dei dati (eventualmente relativi agli utenti) della piattaforma dominante³⁰⁸.

4.2. PREFERENZA DEI PROPRI SERVIZI

In questa sezione si andrà ad esaminare una singolare tipologia di condotta abusiva che è al momento oggetto di forte dibattito, ovvero la possibilità che un operatore in posizione dominante possa commettere un abuso nel momento in cui favorisca la propria attività, rispetto a quella dei propri concorrenti. A tal fine, si prenderà in considerazione l'istruttoria avviata dalla Commissione UE nei confronti di Google in ragione del presunto abuso che il gigante di Mountain View avrebbe commesso nel mercato dei servizi generici di ricerca.

Il caso in questione prende le mosse nel novembre 2010, momento in cui la Commissione UE ha iniziato ad indagare una presunta condotta abusiva di Google in violazione dell'articolo 102 TFUE³⁰⁹. Nonostante nel corso degli anni vi siano state diverse interlocuzioni tra la Commissione UE e Google, la quale ha peraltro offerto impegni finalizzati a superare le criticità individuate dalla stessa autorità³¹⁰, lo scorso aprile 2015 la Commissione UE ha trasmesso a Google una comunicazione di addebiti, a cui è poi seguita una comunicazione supplementare lo scorso luglio 2016³¹¹.

³⁰⁸ I. GRAEF, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, op. cit., pag. 275.

³⁰⁹ COMMISSIONE UE, comunicato stampa del 30 novembre 2010, *Antitrust: Commission probes allegations of antitrust violations by Google*, disponibile al seguente indirizzo: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1624_en.htm?locale=en>.

³¹⁰ Invero tali impegni non sono stati ritenuti sufficienti a dissipare le preoccupazioni della Commissione UE.

³¹¹ COMMISSIONE UE, comunicato stampa del 14 luglio 2016, *Antitrust: nuove iniziative contro Google per pratiche pubblicitarie e di acquisto comparativo*, disponibile al seguente indirizzo: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2532_it.htm>.

Oggetto delle contestazioni sarebbe rappresentato dal fatto che Google avrebbe favorito sistematicamente il proprio prodotto per gli acquisti comparativi (i.e. Google Shopping) nelle sue pagine generali che mostrano i risultati delle ricerche – ad esempio mettendo in primo piano sullo schermo “Google Shopping”. Tale condotta, a parere della Commissione UE, potrebbe quindi artificialmente deviare il traffico da servizi di acquisto comparativo concorrenti e impedire loro di concorrere sul mercato, nonché impedire agli utenti di vedere sempre i risultati più rilevanti delle loro ricerche. Al fine di far venir meno tali criticità concorrenziali, secondo la Commissione UE, Google dovrebbe “*accordare lo stesso trattamento ai propri servizi di acquisto comparativo e a quelli dei concorrenti*”.

Ciò detto, i quesiti posti dal caso di specie sono numerosi. In primo luogo, è lecito chiedersi in che maniera la Commissione UE abbia definito il mercato rilevante in cui Google asseritamente deterrebbe una posizione dominante. A tal riguardo, si legge dal comunicato stampa della Commissione UE, Google deterrebbe una “*posizione dominante nei servizi di ricerca generale su internet*”³¹². Siffatta definizione sembrerebbe non tenere in adeguata considerazione la circostanza che, in base al tipo di ricerca effettuata dall’utente, *Google Search* può offrire sia la funzionalità di motore di ricerca generico che specializzato, conseguentemente, non si può escludere che i consumatori possano (in parte) ritenere sostituibile tale servizio con quello offerto dai motori di ricerca specializzati (e.g. Tripadvisor per le ricerche sui viaggi)³¹³.

Analogamente, secondo alcuni commentatori, nella definizione del mercato rilevante della “ricerca generale su Internet”, dovrebbero farsi rientrare alcune

³¹² COMMISSIONE UE, comunicato stampa del 14 luglio 2016, cit.

³¹³ H. HOBBELEN ET AL., *Selected recent developments in the application of the EU competition law to online platforms*, ottobre 2016, pag. 21, disponibile al seguente indirizzo: <<http://www.eui.eu/Projects/ENTRANCE/Documents/NewEntrance/Workshops/AnnualConference/Recent-Development-in-the-Application-of-EU-Competition-law-to-Online-Platforms-Hobbelen-Lorje%CC%81-Guenay.pdf>>.

piattaforme commerciali come Amazon o eBay: un consumatore interessato ad ottenere informazioni in merito a un libro potrebbe infatti utilizzare Amazon e non Google³¹⁴. In realtà, tale considerazione, peraltro eccepita dalla stessa Google, non sembrerebbe incontrare i favori della Commissione UE, secondo cui *“i servizi di acquisto comparativo e piattaforme commerciali appartengano a mercati distinti. Dalla comunicazione degli addebiti supplementare emerge comunque che, anche includendo le piattaforme commerciali nel mercato interessato dalle pratiche di Google, i servizi di acquisto comparativo costituiscono pur sempre una parte importante di quel mercato”*³¹⁵.

Ulteriore interrogativo che suscita il caso in questione è rappresentato dall'inquadramento della condotta imputata a Google nel contesto dell'art. 102 TFUE. Più specificatamente, ci si chiede se il contegno asseritamente abusivo di Google rappresenti una potenziale forma di abuso escludente, di sfruttamento o discriminatorio.

In dottrina non vi è consenso unanime a riguardo. Dal momento che le opinioni dei commentatori passano da un estremo – secondo cui la condotta di Google sarebbe virtualmente inquadrabile sotto diverse disposizioni dell'art. 102 TFUE³¹⁶ – all'altro – secondo cui sarebbe particolarmente difficile sussumere la condotta questione in una tipologia di abuso specifica³¹⁷. Ancora, secondo altri commentatori, la condotta imputata a Google dovrebbe essere sicuramente inquadrata nel contesto degli abusi escludenti, dal momento che l'accusa è quella

³¹⁴ *Ibid.*

³¹⁵ COMMISSIONE UE, comunicato stampa del 14 luglio 2016, cit.

³¹⁶ N. PETIT, *Theories of Self-Preferencing Under Article 102 TFEU: A Reply to Bo Vesterdorf*, 2015, disponibile al seguente indirizzo: <<https://ssrn.com/abstract=2592253>>.

³¹⁷ P. AKMAN, *The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment Under EU Competition Law*, 19 luglio 2016, disponibile al seguente indirizzo: <<https://ssrn.com/abstract=2811789>>. Nel contributo si legge *“fitting the publicly available facts of Google Search into one of these existing types of abuse is equivalent to trying to fit a square peg in a round hole”*.

che l'operatore in questione manipoli artificialmente i risultati delle ricerche, a detrimento dei motori di ricerca verticali³¹⁸; non potendosi ritenere, per converso, che l'asserita condotta abusiva di Google rientri nella categoria degli abusi di sfruttamento – a seguire la tesi della Commissione UE, Google non starebbe utilizzando il proprio potere di mercato al fine di imponendo ai consumatori commerciali prezzi eccessivamente alti o condizioni contrattuali particolarmente onerose³¹⁹ – né tantomeno nella categoria degli abusi di discriminazione³²⁰ – sebbene ciò che si rimprovera a Google è il riservare un trattamento preferenziale ai propri servizi, il nucleo delle accuse della Commissione UE andrebbe piuttosto rinvenuto nel fatto che operando in tal modo Google abbia “*indebolito o addirittura marginalizzato la competitività dei suoi concorrenti più diretti*”³²¹.

Ciò detto, sebbene al fine di trovare risposta ai quesiti soprariportati sarà necessario attendere la decisione finale della Commissione UE (e molto probabilmente anche quella della Corte di Giustizia), possono essere svolte alcune considerazioni in merito al caso in questione.

In primo luogo, va rilevato che, da un punto di vista meramente empirico, il fatto che un operatore preferisca i propri beni/servizi, o comunque la propria attività, rappresenta la normalità delle cose e non certo una peculiarità del caso in esame. Ad esempio, nel momento in cui si intenda acquistare un libro su Amazon, verrà visualizzata dapprima l'offerta relativa al prezzo proposto dalla stessa Amazon e poi (sono con un click ulteriore dell'utente) quella degli altri venditori attivi sulla

³¹⁸ R. NAZZINI, *Unequal Treatment by Online Platforms: A Structured Approach to the Abuse Test in Google*, in *GCLC Annual Conference Series (Louvain-la-Neuve, Bruylant 2017)*, 2016, pag. 11, disponibile al seguente indirizzo: <<https://ssrn.com/abstract=2815081>>.

³¹⁹ Art. 102(a) TFUE.

³²⁰ Art. 102(c) TFUE.

³²¹ COMMISSIONE UE, comunicato stampa del 14 luglio 2016, cit.

piattaforma³²². In altri termini, quello che si cerca di indicare è che è del tutto normale, tanto nel mondo virtuale che quello reale, che un operatore favorisca la propria attività, rispetto a quella dei propri rivali. Pertanto, viste le implicazioni pratiche che la decisione della Commissione UE potrebbe avere, è importante che quest'ultima articoli in maniera chiara la propria interpretazione dell'art. 102 TFUE nel caso di specie, in maniera coerente con gli approdi giurisprudenziali preesistenti e le propri orientamenti³²³.

In secondo luogo, va tenuto in considerazione che l'istruttoria della Commissione UE è stata avviata nel 2010 e si sta protraendo sino a questi giorni. Ciò comporta due importanti conseguenze, in primo luogo la Commissione UE dovrà dimostrare che la circostanza che la “marginalizzazione della competitività dei concorrenti” di Google derivi dalle condotte asseritamente abusive di quest'ultima e non sia, invero, una normale conseguenza del mutamento delle preferenze dei consumatori, nonché dell'insorgere di nuovi valenti competitor³²⁴. Per altro verso, non si può sottacere del fatto che la durata dell'istruttoria in oggetto, per quanto complessa, appare inconciliabile con l'esigenza di assicurare che l'intervento da parte di un'autorità di concorrenza sia effettivo e, quindi, tempestivo. Il punto è ben illustrato dal *Chief Executive* del CMA, Alex Chisholm, secondo cui le autorità di concorrenza dovrebbero di agire in maniera tempestiva, ed in particolare: “[a]s competition authorities, we need to [...] ensure we do not act too late. Investigations, even where litigated through the courts, should not take 10 years to complete, and arrive only when the market has changed beyond recognition. This means considering opportunities for expedited action, including interim measures to prevent harm arising while we

³²² L. WIETHAUS, *Google's Favouring of Own Services: Comments from an Economic Perspective*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 6, 7 (2015).

³²³ P. IBANEZ COLOMO, *What to make of the fresh charges against Google*, in *Chillin'Competition*, 15 luglio 2016, disponibile al seguente indirizzo: <<https://chillingcompetition.com/2016/07/15/>>.

³²⁴ *Ibid.*.

*investigate, as well as means to achieve earlier outcomes through commitments or settlements*³²⁵.

5. CONCLUSIONI

La durata del summenzionato procedimento avviato nei confronti di Google dimostra che l'applicazione dell'art. 102 TFUE nel settore delle piattaforme digitali rappresenta un'area particolarmente sfidante per l'attività di *enforcement* delle autorità di concorrenza.

Ciò detto, affinché un'impresa possa ragionevolmente prevedere se una propria condotta rappresenta un abuso di posizione dominante, è necessario che questa possa effettuare tale valutazione sulla base di regole e principi certi³²⁶. Invero, i procedimenti avviati rispettivamente dal Bundeskartellamt, nei confronti di Facebook, e dalla Commissione UE, nei confronti di Google, sembrerebbero in parte pregiudicare una coerente interpretazione dell'art. 102 TFUE. In particolare, il primo dei casi esaminati sembrerebbe postulare un ampliamento della “speciale responsabilità” sussistente in capo alle imprese in posizione dominante. A seguire l'impostazione del Bundeskartellamt, infatti, potrebbe costituire un abuso di posizione dominante, non solo la mancata osservanza della normativa antitrust, ma più in generale di qualsiasi obbligo di legge³²⁷. Venendo al caso avviato dalla Commissione UE nei confronti di Google, questo sembrerebbe invero estendere i confini dell'abuso di posizione dominante fino a ricomprendervi al suo interno quelle condotte con cui l'impresa in posizione dominante non intenda

³²⁵ COMPETITION AND MARKET AUTHORITY, *Alex Chisholm speaks about online platform regulation*, 27 ottobre 2015, disponibile al seguente indirizzo: <<https://www.gov.uk/government/speeches/alex-chisholm-speaks-about-online-platform-regulation>>.

³²⁶ R. NAZZINI, op. cit., pag. 3.

³²⁷ A. LAMADRID DE PABLO, *Facebook, Privacy and Article 102- a first comment on the Bundeskartellamt's investigation*.

precipuamente danneggiare i propri rivali, ma semplicemente si limiti a non aiutarli³²⁸.

³²⁸ H. HOBBELEN ET AL., op. cit., pag. 23.

CAP. 5 – IL CONTROLLO DELLE CONCENTRAZIONI NEI MERCATI DIGITALI

1. INTRODUZIONE

Il settore delle piattaforme digitali è animato da una fervente competizione finalizzata alla creazione di nuovi mercati e allo sviluppo dei *business model* esistenti. A tal fine una strategia sempre più spesso adottata dalle imprese è quella di acquistare compagnie particolarmente innovative, generalmente quando la dimensione economica di queste ultime non è ancora significativa, al fine di eliminare dal mercato un concorrente potenziale (c.d. acquisizioni preventive o *pre-emptive merger*)³²⁹.

Alternativamente, l'acquisto di un'impresa innovativa può essere giustificato dall'intento di entrare in possesso delle banche dati (generalmente contenenti informazioni personali dei propri utenti) da questa detenuta.

Tale fenomeno è sicuramente degno di attenzione da parte delle autorità di concorrenza in ragione della sempre maggiore rilevanza che i mercati in cui operano le piattaforme digitali rivestono nella vita quotidiana dei consumatori. Ed, invero, è attualmente acceso il dibattito, a livello europeo, circa la necessità di prevedere delle “regole” speciali, o quantomeno un adeguamento delle regole esistenti, per far fronte alle specifiche problematiche concorrenziali che potrebbero derivare da quelle concentrazioni in cui almeno una delle parti coinvolte operi in un settore ad alta innovazione, come ad esempio nei mercati digitali.

³²⁹ N. VAN GORP, O. BATURA, op. cit., pag. 59.

Da un lato, infatti, da più parti si è paventato il rischio che le attuali “maglie” del sistema di controllo delle concentrazioni, sarebbero eccessivamente larghe, nel senso che non riuscirebbero a “catturare” quelle acquisizioni riguardanti imprese prive di un fatturato particolarmente elevato, ma comunque in possesso di *asset* ad alto valore commerciale, aventi quindi un possibile (e futuro) impatto concorrenziale³³⁰. A tal riguardo, viene spesso portato ad esempio quanto avvenuto in merito all’acquisizione di *WhatsApp* da parte di *Facebook*, il cui l’esame della concentrazione da parte della Commissione UE è stato reso possibile solamente in ragione di un rinvio alla stessa operato ai sensi dell’art. 4(5) del Regolamento (CE) n. 139/2004³³¹ (di seguito “**Regolamento Concentrazioni**”)³³².

Dall’altro lato, ad opinione di diversi commentatori vi sarebbe la necessità che l’esame di una concentrazione, che avesse ad oggetto un’impresa detentrica di un significativo ammontare di dati personali (dei propri utenti), sia informato non solo da valutazioni di carattere concorrenziale, ma anche da considerazioni relative alla tutela della *privacy* dei consumatori. A tal proposito, merita di essere riportato quanto affermato in una recente opinione del Garante europeo della protezione dei dati (di seguito “**EDPS**”), Giovanni Buttarelli, secondo cui “[t]here are now indications of greater scrutiny of proposed acquisitions of less established digital companies, which may have accumulated significant

³³⁰ ASSONIME, *Sviluppi in materia di diritto antitrust: risarcimento del danno; IP-concorrenza; abusi di prezzo; concentrazioni*, 2016, disponibile al seguente indirizzo: <<http://www.assonime.it/AssonimeWeb2/servletDocAllegati?idSelectedDocument=268958&idSelectedDocumentType=375&idSelectedAttach=268959&reserved=false>>.

³³¹ CONSIGLIO DELL’UE, Regolamento (CE) n. 139/2004, cit.

³³² “Con riferimento ad una concentrazione, quale definita all’articolo 3, che non ha dimensione comunitaria ai sensi dell’articolo 1 e che può essere esaminata a norma delle legislazioni nazionali sulla concorrenza di almeno tre Stati membri, le persone o imprese di cui al paragrafo 2 possono, prima di qualsiasi notificazione alle autorità competenti, informare la Commissione, presentando una richiesta motivata, che la concentrazione dovrebbe essere esaminata dalla Commissione”.

quantities of personal data that have yet to be monetised. We support this and would offer the expertise of independent data authorities in advising on how to assess the significance for consumer welfare in such proposed acquisitions. Furthermore, the Merger Regulation should be interpreted, and at the next opportunity amended, to protect the rights under the EU Charter to privacy, data protection and freedom of expression online, just as it currently provides for protection of media plurality. Member States should be permitted also to protect these rights as ‘legitimate interests compatible with the general principles and other provisions of the Community Law’” (enfasi aggiunta)³³³.

Alla luce di quanto sopra, nella presente sezione si andranno pertanto ad analizzare gli aspetti appena citati. In primo luogo, si andrà ad esaminare la necessità di prevedere una modifica alle soglie di rilevanza (legate al fatturato delle imprese interessate) delle concentrazioni. In secondo luogo, si cercherà di comprendere “se” ed “in che modo” il controllo delle concentrazioni debba essere adeguato al fine di riflettere eventuali considerazioni in tema di accumulazione e protezione di dati personali.

2. LE SOGLIE DI RILEVANZA

2.1. QUADRO NORMATIVO

Scopo del controllo antitrust delle concentrazioni è quello di permettere alle autorità di concorrenza di poter regolare quei mutamenti della struttura di un mercato scaturenti dalla decisione di due o più imprese di combinare, fondere o

³³³ EDPS, *Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*, Opinion 8/2016, disponibile al seguente indirizzo: <https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2016/16-09-23_BigData_opinion_EN.pdf>.

consolidare le loro attività in una sola³³⁴. Si tratta di un controllo che non sancisce un divieto espresso per le imprese di porre in essere determinati comportamenti di mercato (ossia quelli che danno origine ad una concentrazione) – così come invece avviene nel caso del divieto di intese anticoncorrenziali ed abusi di posizione dominante vietati dagli art. 101 e 102 TFUE – ma che pone in capo alle imprese coinvolte l’obbligo di ottenere un’ autorizzazione preventiva da parte dell’ autorità di concorrenza competente³³⁵.

Il criterio generalmente utilizzato a livello europeo per determinare se una concentrazione debba essere oggetto di un esame da parte delle autorità di concorrenza è rappresentato dai fatturati ascrivibili alle imprese interessate dalla concentrazione. In particolare, ai sensi del Regolamento Concentrazioni il controllo della Commissione UE riguarda le sole operazioni aventi “dimensione comunitaria”, individuate in base al superamento di specifiche soglie di fatturato³³⁶, come determinate dall’art. 1, commi 2 e 3, del Regolamento Concentrazioni.

Le previsioni da ultimo citate prevedono due criteri alternativi, entrambi basati sul fatturato delle imprese interessate, per determinare se una concentrazione rientri nella competenza autorizzatoria della Commissione UE. In particolare, il primo di questi prevede che una concentrazione è di dimensione comunitaria quando:

- a) il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 5 miliardi di EUR, e*

³³⁴ A. JONES, B. SUFRIN, op. cit., pag. 1129.

³³⁵ M. LIBERTINI, op. cit., pag. 344.

³³⁶ Come si vedrà meglio nel prosieguo, la competenza della Commissione UE è suscettibile di essere derogata in favore delle autorità nazionali di concorrenza e viceversa.

b) il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese interessate è superiore a 250 milioni di EUR³³⁷.

Tale criterio non trova però applicazione nel caso in cui “*ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo Stato membro*”³³⁸. In questa ipotesi, la concentrazione sarà di competenza dell'autorità nazionale di concorrenza dello Stato membro in cui le imprese interessate generano la parte prevalente dei propri fatturati. La *ratio* di questa deroga va rinvenuta nell'opportunità che una concentrazione dal carattere palesemente nazionale non venga esaminata a livello comunitario, e quindi dalla Commissione UE³³⁹.

Nel caso in cui una concentrazione non soddisfi le soglie appena descritte, questa avrà dimensione comunitaria nel caso in cui si verificano i seguenti requisiti:

- a) il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 2,5 miliardi di EUR;*
- b) in ciascuno di almeno tre Stati membri, il fatturato totale realizzato dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 100 milioni di EUR;*
- c) in ciascuno di almeno tre degli Stati membri di cui alla lettera b), il fatturato totale realizzato individualmente da almeno due delle imprese interessate è superiore a 25 milioni di EUR e*

³³⁷ Regolamento Concentrazioni, art. 1(2). Le soglie di fatturato previste da questo criterio si sono dimostrate nel tempo eccessivamente elevate, non riuscendo così a “catturare” alcune concentrazioni aventi natura multinazionale che avrebbero meritato a parere della Commissione UE una valutazione unitaria (V. M. LIBERTINI, op. cit., pag. 366).

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ I. VAN BAEL, J. BELLIS, op. cit., pag. 709.

d) il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese interessate è superiore a 100 milioni di EUR³⁴⁰.

Anche con riferimento al criterio di rilevanza comunitaria in questione, è prevista una deroga, in favore della competente autorità nazionale, nel caso in cui tutte le imprese realizzate realizzino oltre i due terzi del proprio fatturato totale all'interno del medesimo Stato membro³⁴¹.

Ciò detto, per portare un esempio a livello nazionale, la normativa antitrust italiana prevede che debbano essere comunicate all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato quelle concentrazioni che soddisfino i seguenti requisiti:

- (a) il fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a 495 milioni di euro, e
- (b) il fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'impresa oggetto di acquisizione sia superiore a 50 milioni di euro³⁴².

L'utilizzo dei fatturati ascrivibili alle imprese interessate come criterio per determinare la rilevanza, da una prospettiva antitrust, di una concentrazione va principalmente ascritto alla necessità di fornire agli operatori uno strumento obiettivo per determinare se una concentrazione debba essere comunicata o meno ad un'autorità di concorrenza. Come riconosciuto dalla stessa Commissione UE, infatti, “[l]e soglie [di fatturato] sono puramente quantitative, si basano cioè

³⁴⁰ Regolamento Concentrazioni, art. 1(3).

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² Legge 10 ottobre 1990, n. 287, art. 16. Tali valori sono incrementati ogni anno di un ammontare equivalente all'aumento dell'indice del deflatore dei prezzi del prodotto interno lordo. Attualmente è peraltro in discussione una possibile modifica di tali soglie.

unicamente sul fatturato anziché sulla quota di mercato o altri criteri; il loro scopo è quello di fornire un meccanismo semplice e obiettivo, facilmente utilizzabile dalle società partecipanti ad una concentrazione per accertare se l'operazione sia di dimensione comunitaria, e dunque soggetta a notifica” (enfasi aggiunta)³⁴³.

2.2. NECESSITÀ DI UNA RIFORMA DELLE SOGLIE DI RILEVANZA

Come sopra anticipato, a livello europeo è acceso il dibattito in merito alla necessità di prevedere ulteriori criteri di rilevanza per l’esame delle concentrazioni da parte delle autorità di concorrenza con particolare riferimento ai mercati digitali. In particolare, ci si riferisce alle recenti proposte di riforma della Commissione UE³⁴⁴ e del legislatore tedesco³⁴⁵.

Nel dettaglio, la Commissione UE ha recentemente avviato un procedimento di consultazione pubblica, finalizzata a ricevere riscontri e commenti da parte di tutti i soggetti interessati in merito, *inter alia*, alla necessità di una revisione dei criteri per qualificare una concentrazione come avente dimensione comunitaria, così da assoggettare all’obbligo di notifica (e quindi al controllo della Commissione) anche alcune transazioni attualmente esenti, con particolare riferimento all’acquisizioni di imprese sostanzialmente prive di fatturato ma con significativo potenziale di mercato in quanto detentrici di dati o altri assets aventi

³⁴³ COMMISSIONE UE, *Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese*, in GU C 95 del 16 aprile 2008, par. 127.

³⁴⁴ COMMISSIONE UE, *Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*. Maggiori informazioni sono disponibili al seguente indirizzo: <http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/index_en.html>.

³⁴⁵ BUNDESMINISTERIUMS FÜR WIRTSCHAFT UND ENERGIE, *Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG)*, 2016, disponibile al seguente indirizzo: <<http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/neunte-gwb-novelle.html>>.

elevato valore commerciale (e.g. imprese attive nel settore digitale o farmaceutico)³⁴⁶.

Venendo alla seconda iniziativa, il Governo tedesco ha recentemente pubblicato una proposta di modifica dei criteri per determinare se una transazione debba essere soggetta al controllo da parte dell'autorità di concorrenza nazionale. In particolare, la proposta introduce una nuova soglia di rilevanza per le concentrazioni, essenzialmente basata sul "valore della transazione". Potranno essere quindi soggette all'obbligo di notifica quelle concentrazioni in cui nell'esercizio precedente alla concentrazione:

- (a) il fatturato mondiale aggregato di tutte le imprese interessate sia stato superiore a EUR 500 milioni; e
- (b) il fatturato realizzato in Germania da almeno una delle imprese interessate sia stato superiore a EUR 25 milioni; e
- (c) il valore della transazione sia superiore a EUR 350 milioni; e

³⁴⁶ La procedura di consultazione ha inoltre ad oggetto i seguenti quesiti: (a) se sia possibile e opportuno semplificare il trattamento di determinate categorie di transazioni che generalmente non danno luogo problematiche di tipo concorrenziale, con particolare riferimento alle *joint venture* operanti al di fuori dello Spazio economico europeo (SEE) e prive di impatto sui mercati all'interno di tale Spazio; (b) se gli attuali meccanismi di rinvio dei casi tra gli Stati membri e la Commissione UE garantiscano un efficiente riparto delle competenze o sia necessario implementare delle modifiche; (c) se sia opportuno intervenire su specifici aspetti procedurali della disciplina relativa al controllo delle concentrazioni (e.g. introduzione di una disciplina più chiara sul metodo di calcolo del fatturato delle *joint venture*, l'opportunità di garantire maggiore flessibilità rispetto ai termini delle indagini, la possibilità di prevedere una revoca delle decisioni di rinvio nel caso in cui queste siano basate su informazioni false o fuorvianti). Per maggiori informazioni v. ASSONIME, *Consultazione UE sul controllo delle concentrazioni*, 17 ottobre 2016, disponibile al seguente indirizzo: <<http://www.assonime.it/AssonimeWeb2/dettaglio.jsp?id=268215&idTipologiaDettaglio=372>>; CLIFFORD CHANCE, *The European Commission invites comments on possible changes to its merger control rules*, 11 ottobre 2016, disponibile al seguente indirizzo: <https://www.cliffordchance.com/briefings/2016/10/the_european_commissioninvitescommentso.html>; J. MODRALL, *EU Commission consults on merger control reform*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 26 ottobre 2016, disponibile al seguente indirizzo: <<http://kluwercompetitionlawblog.com/2016/10/26/eu-commission-consults-on-merger-control-reform/>>.

(d) almeno una delle imprese interessate, diversa da quella *sub* (b), sia attiva o si prevede sarà attiva in Germania³⁴⁷.

Ebbene, entrambe le iniziative sopracitate sembrerebbero nascere dal timore che le attuali soglie di rilevanza (basate sul fatturato delle imprese interessate) non siano idonee a “catturare” quelle concentrazioni aventi ad oggetto imprese da un futuro potenziale di mercato, ma che al contempo non abbiano un fatturato (presente) particolarmente significativo.

Tale timore è ben espresso nelle parole del Commissario europeo alla Concorrenza, Margrethe Vestager, secondo cui: “[t]he issue seems to be that it’s not always turnover that makes a company an attractive merger partner. Sometimes, what matters are its assets. That could be a customer base or even a set of data. In the pharmaceutical sector, it might be a new drug that’s been developed but not yet approved for sale. Or a company might be valuable simply because of its ability to innovate” (enfasi aggiunta)³⁴⁸.

Con riferimento ai mercati digitali, la problematica sarebbe quindi rappresentata dal fatto che le imprese ivi operanti generalmente adoperano un *business model* che prevede l’accumulazione di dati e relazioni (contrattuali) con gli utenti, che

³⁴⁷ Per maggiori informazioni v. W. BERG, *Germany Proposes Transaction Value Threshold to Require Notification of High Value Deals Even with No/De Minimis Sales in Germany*, 22 luglio 2016, disponibile al seguente indirizzo: <<http://kluwercompetitionlawblog.com/2016/07/22/germany-proposes-transaction-value-threshold-to-require-notification-of-high-value-deals-even-with-node-minimis-sales-in-germany/>>; CONVINGTON & BURLING LLP, *Germany’s Proposal to Introduce “size-of-transaction” Merger Review Thresholds Steps up Wider European Debate over Acquisitions of Start-ups*, 14 luglio 2016, disponibile al seguente indirizzo: <https://www.cov.com/-/media/files/corporate/publications/2016/07/germany_merger_review_thresholds.pdf>.

³⁴⁸ M. VESTAGER, *Refining the EU merger control system*, 10 marzo 2016, disponibile al seguente indirizzo: <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/refining-eu-merger-control-system_en>.

vengono sfruttati commercialmente solo in un secondo momento³⁴⁹. Sicché è ben possibile che un'impresa possa decidere di acquisire un rivale al solo fine di entrare in possesso degli *asset* (e.g. dati) da questo detenuti, sebbene la stessa impresa oggetto di acquisizione non sia riuscita a ricavare dei profitti significativi dallo sfruttamento di tale input³⁵⁰. La preoccupazione in esame è condivisa dalle autorità di concorrenza francese e tedesca secondo cui “*dynamic competition may be stifled if established undertakings have a proven ability to buy out competitively significant new entrants with a turnover, asset-base or market share too low to trigger merger control*”³⁵¹.

Per far fronte alle preoccupazioni sopra espresse, la soluzione generalmente avanzata, come visto, è quella di introdurre delle soglie di rilevanza ulteriori, specifiche per i mercati digitali. A tal proposito, sono stati proposti i più disparati criteri: il numero di utenti unitamente ad una stima degli effetti di rete³⁵², il numero di clienti aventi un contratto diretto o indiretto con una delle imprese

³⁴⁹ HOGAN LOVELLS INTERNATIONAL LLP, *Eu merger control procedural & jurisdictional aspects – Reply to the European Commission consultation*, gennaio 2017, pag. 2, disponibile al seguente indirizzo: <<https://www.hoganlovells.com/en/publications/reply-to-ec-consultation>>.

³⁵⁰ M. VESTAGER, *Big Data and Competition*, 29 settembre 2016, disponibile al seguente indirizzo: <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/big-data-and-competition_en>.

³⁵¹ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT, *Competition Law and Data*, 10 maggio 2016, pag. 31, disponibile al seguente indirizzo <<http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>>.

³⁵² EUROPEAN PARLIAMENT, *Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy*, 2015, pag. 60, disponibile al seguente indirizzo: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL_STU\(2015\)542235_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL_STU(2015)542235_EN.pdf)>.

interessate³⁵³, o il valore della transazione, ossia il prezzo pagato dall'acquirente per ottenere il controllo della società *target*³⁵⁴.

Tra i criteri appena indicati quello sicuramente più convincente è rappresentato dal “valore della transazione”. Infatti, tale parametro sembra in effetti riflettere il reale valore economico che un operatore è disposto a pagare per gli *asset* dell'impresa oggetto di acquisizione (e.g. banche dati), indipendentemente dal fatto che quest'ultima sia già in grado di estrarre una rendita (i.e. fatturato) da tali *asset*. Va inoltre notato che il criterio di rilevanza in questione non risulta essere completamente nuovo, essendo invero già utilizzato in alcune giurisdizioni (e.g. Stati Uniti)³⁵⁵, ed è sicuramente molto più oggettivo, seppur con i limiti di cui si vedrà in seguito, rispetto agli altri parametri proposti. Sarà infatti più agevole determinare quale sia il prezzo della cessione di una società, piuttosto che andare ad individuare il numero di clienti (direttamente o indirettamente) interessati dalla concentrazione.

Peraltro, il ricorso a tale parametro di rilevanza potrebbe permettere di assoggettare all'interno della sfera autorizzativa delle autorità di concorrenza le c.d. acquisizioni preventive³⁵⁶. Ossia quelle acquisizioni effettuate in ragione di una strategia difensiva – particolarmente diffusa nei mercati ad alto tasso

³⁵³ BEUC, *EU Merger Control – BEUC'S comments on jurisdictional thresholds*, 10 febbraio 2017, pag. 5, disponibile al seguente indirizzo: <http://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2017-010_comments_on_eu_merger_control.pdf>.

³⁵⁴ COMMISSIONE UE, *Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU Merger Control*, par. 19 e ss, disponibile al seguente indirizzo <http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/index_en.html>.

³⁵⁵ *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*, 1976, sez. 18a. Per una disamina delle soglie di rilevanza delle concentrazioni nella giurisdizione statunitense v. L. DUNLOP, S. SPEISER, *Merger control in the United States: overview*, in *Practical Law*, in *Practical Law*, 26 febbraio 2017, disponibile al seguente indirizzo: <<http://uk.practicallaw.com/5-501-2849?source=relatedcontent>>.

³⁵⁶ OECD, *Big data: bringing competition policy to the digital era (Background note by the Secretariat)*, DAF/COMP(2016)14, 27 ottobre 2016, pag. 20, disponibile al seguente indirizzo: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf)>.

tecnologico – per cui un’impresa acquista un proprio concorrente (potenziale), quando quest’ultimo ancora si trova in uno stato embrionale, al fine di evitare qualsiasi rischio che lo stesso possa esercitare una seria pressione concorrenziale in futuro. Invero, queste acquisizioni sono generalmente caratterizzate da prezzi di cessione molto elevanti, indipendentemente dal fatto che l’impresa acquisita sia (o sarà) in grado di esercitare una reale pressione competitiva sull’acquirente, ed il cui grado di successo è limitato, tutto ciò in linea con l’adagio “*only the paranoid survive*”³⁵⁷.

La valutazione degli effetti concorrenziali di tali operazioni (i.e., acquisizioni preventive) non è semplice in quanto, da un lato, la possibilità di essere acquisiti da una impresa di larghe dimensioni, la cui posizione sul mercato è già consolidata, rappresenta sicuramente uno stimolo per le piccole e medie imprese (specialmente le *start-up*); dall’altro lato, operazioni di questo tipo potrebbero comportare il venir meno di una impresa *maverick*, ossia di un operatore in grado di porre in essere condotte commerciali molto aggressive, o comunque in grado di destabilizzare la posizione di mercato delle altre imprese rivali (e.g. mediante l’introduzione di un servizio particolarmente innovativo che renda obsoleti quelli presenti sul mercato)³⁵⁸.

Alla luce di quanto appena esposto, risulta evidente come vi siano delle ragioni per sottoporre ad un esame preventivo le operazioni in parola. Ciò è soprattutto vero ove si consideri che in mercati come quelli digitali, caratterizzati da situazioni del tipo *winner takes all*, un intervento ex post potrebbe risultare inidoneo a eliminare o ribaltare gli effetti anticoncorrenziali derivanti da una concentrazione.

³⁵⁷ A. S. GROVE, *Only the Paranoid Survive: How to Exploit the Crisis Points That Challenge Every Company*, New York (1996).

³⁵⁸ EUROPEAN PARLIAMENT, *Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy*, cit., pag. 59.

Ciò detto, fermo restando quanto sopra, non può farsi a meno di notare che l'introduzione di una specifica soglia di rilevanza, basata sul valore della transazione comporta delle non trascurabili difficoltà.

In primo luogo, il criterio di rilevanza in parola non appare di facile applicazione pratica, soprattutto se comparato alla facilità di utilizzo che connota le soglie di rilevanza parametriche sulla base dei fatturati delle imprese interessate.

Ad esempio, non è sempre agevole determinare il valore di una transazione, soprattutto quando parte del prezzo pagato dall'acquirente ha ad oggetto elementi il cui valore economico (monetario) non è immediatamente individuabile nel momento in cui si verifica la concentrazione. Una situazione di questo tipo potrebbe verificarsi nel caso in cui in un contratto per l'acquisizione di una società si inserisca una clausola di *earn-out*, per cui il pagamento di una parte del prezzo (o di una somma ulteriore al prezzo) è subordinato al raggiungimento di un determinato risultato economico della società acquisita in un periodo di tempo posteriore al perfezionamento della cessione (c.d. *closing*)³⁵⁹. Sotto quest'ultimo profilo non si può escludere che le parti di una transazione possano artificiosamente manipolare le modalità di determinazione del prezzo di cessione in maniera tale che la concentrazione non soddisfi l'eventuale soglia di rilevanza³⁶⁰. Ancora, non si può escludere che il prezzo dell'acquisizione subisca delle oscillazioni tra la data del *signing* (i.e. la data di sottoscrizione del contratto di acquisto) e quella del *closing*³⁶¹.

In secondo luogo, non risulta facile quantificare in concreto a che livello debba fissarsi la soglia (economica) di rilevanza. È difficile infatti stabilire una

³⁵⁹ S. CROSIO, C. GREGORI, *Acquisizione di società ad elevato contenuto tecnologico: clausole di earn-out e dichiarazioni e garanzie del venditore*, in *Contratto e impresa*, 2000, pag. 1110.

³⁶⁰ HOGAN LOVELLS INTERNATIONAL LLP, cit., pag. 7.

³⁶¹ Per un'analisi degli strumenti a disposizione per far fronte a tali variazioni vedi R. VIGEZZI, P. MEZZETTI, *Le rettifiche di purchase price tra il "signing" e il "closing"*, in *Le Società*, 5, 2011 (2011), pag. 565.

relazione tra la circostanza che l'acquirente sia disposto a pagare una somma ingente per acquisire un'altra impresa e le possibili conseguente anticoncorrenziali derivanti da tale concentrazione. Invero, il fatto che il prezzo pagato dall'acquirente sia particolarmente elevato può al più essere evidenza che le attività delle parti interessate siano complementari e non sovrapposte, sicché in questi casi le problematiche concorrenziali non sarebbero particolarmente rilevanti³⁶². Peraltro, può rilevarsi che la significanza del valore di una transazione è relativo, nel senso che questo dipende anche in ragione dell'industria in cui tale operazione ha luogo. Sicché il ricorso ad una soglia unica per tutti i mercati, pone il rischio che alcune transazioni, dalle importanti ricadute concorrenziali, passino al di sotto dei "radar" della autorità di concorrenza e, viceversa, concentrazioni dallo scarso impatto competitivo potrebbero occupare tempo e risorse delle autorità antitrust. D'altro canto, prevedere soglie di rilevanza per specifici mercati potrebbe dare vita all'instaurarsi di procedure contenziose tese a far valere la disparità di trattamento, tra differenti settori industriali, derivanti dall'applicazione di tali soglie.

In ultimo, si potrebbe rilevare che ad oggi non si è a conoscenza di casi di concentrazioni che, essendo sfuggite alle maglie del controllo da parte delle autorità di concorrenza, abbiano poi comportato delle problematiche concorrenziali. A tal riguardo, va osservato che appare strumentale citare l'acquisizione di *WhatsApp* da parte di *Facebook* come emblema di un malfunzionamento delle soglie di rilevanza previste dal Regolamento Concentrazioni. Invero, prescindendo dal fatto che la concentrazione sia stata poi autorizzata dalla Commissione UE, il fatto che quest'ultima sia stata posta nella situazione di esaminare la transazione in parola deve essere piuttosto visto come un segno che l'attuale regime di controllo delle concentrazioni sia efficace.

³⁶² HOGAN LOVELLS INTERNATIONAL LLP, cit., pag. 6.

Peraltro, il fatto che una concentrazione non sia esaminata dalla Commissione UE, non fa venire meno la competenza delle autorità di competenza nazionali, così come avvenuto nel caso dell'acquisizione di *Instagram* da parte di *Facebook*³⁶³.

Chiarite le criticità derivanti dall'applicazione di soglie di rilevanza basate sulla dimensione della transazione, va osservato che indipendentemente dai criteri di rilevanza che le autorità di concorrenza intenderanno adottare sarà necessario che questi garantiscano:

- (a) la certezza del diritto: gli operatori di mercato hanno infatti necessità di capire senza troppe difficoltà quando una concentrazione sia notificabile o meno ad una autorità di concorrenza³⁶⁴. Sul punto ha avuto di pronunciarsi lo stesso Commissario per la concorrenza secondo cui “*whatever we decide in the end, it has to meet one fundamental principle: there should be no doubt whether you need to notify a particular merger. So whatever test we choose has to be easy to apply, and has to give a definitive answer*”³⁶⁵;

³⁶³ La concentrazione è stata infatti approvata dall'autorità di concorrenza inglese, l'allora *Office of Fair Trading* (OFT, decisione del 14 agosto 2012, caso ME/5525/12 – *Facebook Inc/Instagram Inc*. Per una disamina del caso v. S. BERRA, *OFT clears Facebook/Instagram*, disponibile al seguente indirizzo: <<http://globalcompetitionreview.com/article/1055962/oft-clears-facebook-instagram>>.

³⁶⁴ Sul punto le raccomandazioni stilate dall'International Competition Network (di seguito “**ICN**” - “**Raccomandazioni ICN**”) sono perentorie “[c]larity and simplicity should be essential features of notification thresholds so as to permit parties to readily determine whether a transaction is notifiable. Given the increasing incidence of multi-jurisdictional transactions and the growing number of jurisdictions in which notification thresholds must be evaluated, the business community, competition agencies and the efficient operation of capital markets are best served by clear, understandable, easily administrable, bright-line tests” (ICN, *Recommended practices for merger notification procedures*, settembre 2002, pag. 3, disponibile al seguente indirizzo: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>>).

³⁶⁵ M. VESTAGER, *Refining the EU Merger Control System*, cit.

(b) l'esistenza di un nesso locale (c.d. *local nexus*): gli obblighi di notificare una concentrazione in un determinato ordinamento dovrebbero sussistere solo in presenza di una connessione tra gli effetti della concentrazione e il relativo territorio³⁶⁶, ciò al fine di evitare che le risorse delle autorità di concorrenza siano inutilmente impiegate con riferimento a concentrazioni non aventi alcun impatto nella propria giurisdizione. Sul punto le Raccomandazioni ICN prevedono che “[n]otification should not be required unless the transaction is likely to have a significant, direct and immediate economic effect within the jurisdiction concerned. This criterion may be satisfied if each of at least two parties to the transaction have significant local activities. Alternatively, this criterion may be satisfied if the acquired business has a significant direct or indirect presence on the local territory, such as local assets or sales in or into the jurisdiction concerned”³⁶⁷.

3. DATI PERSONALI E CONCENTRAZIONI

Come visto al Cap. 1, l'utilizzo dei *big data* rappresenta un elemento caratterizzante le imprese attive nel settore digitale. Al fine di ottenere un vantaggio concorrenziale nei confronti dei propri rivali, sempre più spesso piattaforme digitali acquistano delle imprese innovative incorporandone i database in loro possesso.

Sotto quest'ultimo profilo, un recente studio dell'OCSE ha evidenziato la crescita esponenziale delle concentrazioni aventi ad oggetto imprese attive nel

³⁶⁶ P. TROIANO, *Globalizzazione dei mercati e controllo sulle concentrazioni*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI, *20 Anni di antitrust – L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino (2010), pag. 595.

³⁶⁷ Raccomandazioni ICN, pag. 2.

settore dei dati personali, il cui numero è passato dalle 55 operazioni nel 2008 a circa 164 nel 2012³⁶⁸.

Pertanto, è ben possibile che una concentrazione tra imprese che siano in possesso di rilevanti banche dati possa dare luogo a effetti anticoncorrenziali, soprattutto quando dal possesso di tali *input* possa derivare un rilevante potere di mercato.

Nel dettaglio, vi sono due casi in cui i dati possono avere un ruolo nella valutazione antitrust di concentrazioni, in particolare nel contesto dei settori digitali. I dati possono rilevare quale risorsa da cui l'impresa risultante dalla concentrazione può trarre un vantaggio competitivo (è questo il caso dei *big data*), o ancora quando la protezione riservata agli stessi dati (i.e. *privacy*) rappresenta un parametro non-monetario di concorrenza tra gli operatori presenti sul mercato.

3.1. AGGREGAZIONI DI BANCHE DATI

Con riferimento al primo aspetto, come già visto al Cap. 1., i c.d. *big data* stanno divenendo sempre più rilevanti per le imprese, dal momento che questi possono essere utilizzati al fine di individuare preferenze e abitudini di consumo degli utenti. Sulla base di tali informazioni, infatti, le imprese possono migliorare i propri prodotti e servizi ed eventualmente ottimizzare i propri spazi pubblicitari. In alternativa, gli stessi dati possono essere rivenduti a soggetti terzi che potranno utilizzarli per la propria attività o eventualmente rivenderli ad altri operatori interessati.

³⁶⁸ OCSE, *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*, 2015, pag. 94, disponibile al seguente indirizzo: <<http://www.oecd.org/sti/data-driven-innovation-9789264229358-en.htm>>.

Da tali considerazioni potrebbe teorizzarsi una possibile teoria del danno legata al fatto che la combinazione dei dati detenuti dalle parti di una concentrazione potrebbe costituire un vantaggio competitivo per le stesse imprese, non replicabile dagli operatori rivali.

Tale teoria del danno è stata esaminata nel caso *Facebook/WhatsApp*. In particolare, la Commissione UE – pur ritenendo che “[a]ny privacy-related concerns flowing from the increased concentration of data within the control of Facebook as a result of the Transaction do not fall within the scope of the EU competition law rules but within the scope of the EU data protection rules”³⁶⁹ – aveva considerato che una delle fonti di finanziamento di *Facebook* è rappresentata dalla fornitura di spazi pubblicitari mirati, che sono predisposti sulla base delle informazioni personali degli utenti dello stesso social network (e.g. età, sesso). Per converso, ai tempi della concentrazione, *WhatsApp* non raccoglieva i dati dei consumatori per finalità pubblicitarie. Sulla base di queste considerazioni la Commissione UE aveva quindi esaminato se, a seguito della concentrazione, *Facebook* avrebbe iniziato a raccogliere i dati relativi agli utenti di *WhatsApp* al fine di rendere ancora più accurati i propri spazi pubblicitari “mirati” con riferimento a quegli utenti che erano contestualmente utenti del servizio di messaggistica istantanea.

Dall’analisi della Commissione UE era comunque risultato che *Facebook* non avrebbe avuto l’incentivo di utilizzare i dati di *WhatsApp* in ragione del fatto che ciò avrebbe potuto portare gli utenti ad utilizzare servizi di messaggistica istantanea ritenuti meno intrusivi³⁷⁰. Peraltro, secondo la Commissione UE, l’utilizzo e la raccolta, da parte dell’entità risultante dalla concentrazione, dei dati relativi agli utenti di *WhatsApp* sarebbe stato piuttosto difficile sotto il profilo tecnico. In particolare, ciò avrebbe richiesto un cambio della *policy* sulla *privacy*

³⁶⁹ COMMISSIONE UE, caso COMP/M.7217, cit., par. 164.

³⁷⁰ *Id.*, par. 186.

di *WhatsApp* e degli sforzi tecnici non indifferenti al fine di associare il profilo *WhatsApp* di ciascun utente con il relativo profilo *Facebook*³⁷¹.

Ad ogni modo, la Commissione UE aveva concluso che, anche nel caso in cui *Facebook* avesse raccolto ed usato i dati degli utenti, la concentrazione non avrebbe comportato delle problematiche concorrenziali in ragione del fatto che un rilevante ammontare di dati personali (al di fuori di quelli sotto l'esclusivo controllo di *Facebook*) sarebbe rimasto nella disponibilità dei concorrenti³⁷². A tal proposito, potrebbe però chiedersi se i dati disponibili da altre fonti siano effettivamente sostituibili con quelli nella disponibilità di *WhatsApp* prima della concentrazione³⁷³.

Analoghe considerazioni sono state elaborate dalla Commissione UE in relazione ad altre concentrazioni aventi ad oggetto "big data"³⁷⁴, ed in cui l'aggregazione delle banche dati nella disponibilità delle parti alla concentrazione non avrebbe rappresentato un vantaggio competitivo non replicabile, dal momento che gli altri operatori presenti sul mercato avrebbero potuto ottenere dati alternativi in altro

³⁷¹ COMMISSIONE UE, caso COMP/M.7217, cit., par. 185. Rispetto a quest'ultima argomentazione va rilevato che, sebbene al tempo della concentrazione, *Facebook* avesse indicato alla Commissione UE che non sarebbe stata in grado di effettuare un'associazione automatica tra i profili *Facebook* e *WhatsApp* degli utenti, nell'agosto 2016 *WhatsApp* ha annunciato la possibilità di collegare il numero telefonico utilizzato dagli utenti per usufruire del servizio di messaggistica istantanea con il proprio profilo *Facebook*. Tale iniziativa appare in contrasto con quanto indicato da *Facebook* alla Commissione UE circa l'infattibilità della summenzionata associazione tra i profili degli utenti. Per tale motivo la Commissione UE ha avviato un procedimento nei confronti di *Facebook* per l'aver fornito informazioni false o non corrette. Per maggiori informazioni v. COMMISSIONE UE, *Mergers: Commission alleges Facebook provided misleading information about WhatsApp takeover*, 2016, disponibile al seguente indirizzo: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4473_en.htm>.

³⁷² COMMISSIONE UE, caso COMP/M.7217, cit., par. 189.

³⁷³ C. BREUVART, *Big data and competition law in the digital sector: Lesson from the European Commission's merger control practice and recent national initiative*, in *Concurrence* n.3-2016 (2016), pag. 48.

³⁷⁴ COMMISSIONE UE, decisione del 20 gennaio 2017, caso M.8124 – *Microsoft/LinkedIn*; decisione del 9 gennaio 2014, caso M.7023 – *Publicis/Omnicom*; decisione del 4 settembre 2012, caso M.6314 – *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*, decisione dell'11 marzo 2008, caso M.4731 – *Google/DoubleClick*.

modo, sia direttamente, svolgendo in proprio le attività di raccolta ed analisi dei dati, che facendo ricorso a degli intermediari, ad esempio ricorrendo ai c.d. *data broker* – ossia imprese che raccolgono e aggregano informazioni relative a consumatori partendo da una varietà di fonti commerciali, governative e altre fonti pubbliche³⁷⁵.

3.2. PRIVACY COME PARAMETRO CONCORRENZIALE

Fermo restando quanto sopra, è possibile elaborare una ulteriore teoria del danno, tale per cui, nel contesto di una concentrazione, considerazioni di *privacy* possono assumere il ruolo di parametri concorrenziali non legati al prezzo. In altri termini, nel valutare le conseguenze sul piano concorrenziale, o meglio del livello di benessere assicurato ai consumatori, a seguito di una concentrazione, si potrebbe considerare se quest'ultima comporti uno scadimento qualitativo per ciò che riguarda la tutela della *privacy* degli utenti offerta dal servizio/prodotto reso disponibile dall'entità risultante dalla concentrazione.

Così, come anticipato al Cap. 1, in molti casi la “moneta” con cui i consumatori pagano l'accesso ad un servizio (apparentemente gratuito) è rappresentata dai loro dati personali. Pertanto, ci si potrebbe trovare in una situazione per cui, a seguito di una concentrazione, l'entità da questa risultante potrebbe iniziare a richiedere ai consumatori maggiori dati personali o, alternativamente, iniziare a vendere tali dati ad un soggetto terzo. È evidente che tale condotta, oltre a rappresentare eventualmente una violazione della normativa a tutela della *privacy*, potrebbe integrare una condotta anticoncorrenziale nel momento in cui la tutela dei dati personali rappresenti un elemento fondamentale per gli utenti circa l'acquisto o

³⁷⁵ Per una esauriente ricostruzione dell'attività dei *data broker* v. FEDERAL TRADE COMMISSION, *Data Brokers: A Call for Transparency and Accountability*, 2014, disponibile al seguente indirizzo: <<https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/data-brokers-call-transparency-accountability-report-federal-trade-commission-may-2014/140527databrokerreport.pdf>>.

meno del prodotto/servizio offerto dall'impresa risultante dalla concentrazione³⁷⁶.

Questa teoria del danno non è stata sinora adoperata dalla Commissione UE. Con particolare riferimento al caso *Facebook/WhatsApp*, la tutela dei dati personali è stata considerata come un mero parametro di concorrenza tra i servizi di comunicazioni per consumatori (ma non certo l'unico o il più rilevante), o meglio come una funzionalità dei medesimi offerti. Sul punto la Commissione UE ha infatti affermato: *“On the basis of the results of the market investigation, the Commission notes that the main drivers of the competitive interaction between consumer communications apps appear to be (i) the functionalities offered and (ii) the underlying network. [...] [C]onsumer communications apps compete for customers by attempting to offer the best communication experience. The functionalities offered are at the heart of the consumer communications apps' value proposition to customers and their improvement in order to gain the largest user base is a key innovation driver. In this regard, according to the market investigation, important areas of improvement include: (i) reliability of the communications service, which has a direct impact on the service's reputation and its appeal to users; and (ii) privacy and security, the importance of which varies from user to user but which are becoming increasingly valued, as shown by the introduction of consumer communications apps specifically addressing privacy and security issues”*³⁷⁷ (enfasi aggiunta).

Sulla correttezza dell'approccio adoperato dalla Commissione UE nel caso di specie dubitano però alcuni commentatori, secondo cui in realtà la concentrazione in parola avrebbe dato luogo ad un depauperamento delle opzioni

³⁷⁶ E. OCELLO ET AL., *What's Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case*, in *Competition merger brief*, 1 (2015), pag. 6, disponibile al seguente indirizzo: http://ec.europa.eu/competition/publications/cmb/2015/cmb2015_001_en.pdf.

³⁷⁷ COMMISSIONE UE, caso COMP/M.7217, cit., par. 87.

a disposizione dei consumatori³⁷⁸. Ciò in quanto prima dell'acquisizione di *WhatsApp*, i consumatori potevano liberamente scegliere tra: (a) *Facebook Messenger*, gratuito ma maggiormente invadente circa i dati personali degli utenti e (b) *WhatsApp*, più rispettoso della *privacy* degli utenti, ma soggetto al pagamento di un corrispettivo annuale di 1 euro. Conseguentemente, la circostanza che a seguito della propria acquisizione *WhatsApp* abbia modificato la propria *policy* sulla *privacy*, avrebbe danneggiato quegli utenti per cui la tutela dei propri dati personali era particolarmente importante.

4. CONCLUSIONI

Come visto nella presente sezione apprestare una disciplina specifica per le concentrazioni che hanno luogo nei settori digitali non è esente da difficoltà.

Da un lato, le autorità di concorrenza stanno spingendo nella direzione di prevedere nuovi criteri di rilevanza al fine di assoggettare alla propria sfera autorizzatoria concentrazioni che, a dispetto del fatturato dell'impresa oggetto di acquisizione, potrebbero avere delle rilevanti conseguenze concorrenziali. A tal riguardo, si è rilevato che l'adozione di soglie di rilevanza ulteriori potrebbe comportare delle problematiche applicative non indifferenti. Si tratta sicuramente di difficoltà non insormontabili ma il cui superamento richiederà l'utilizzo di rilevanti risorse da parte delle autorità di concorrenza, le quali saranno chiamate a fornire agli operatori (mediante l'adozione di appositi atti di regolazione) un quadro giuridico chiaro circa la necessità o meno di notificare una concentrazione (e.g. indicando come debba essere calcolato il prezzo nella

³⁷⁸ *Ex multis*, v. AUTORITAT CATALANA DE LA COMPETÈNCIA, *Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*, gennaio 2017, disponibile al seguente indirizzo:
<http://acco.gencat.cat/web/.content/80_accoco/documents/arxiu/actuacions/20170118-Catalan-Competition-Authority-merger-consultation.pdf>.

transazione in quei casi in cui quest'ultimo si componga di elementi non monetari).

Dall'altro lato, la sempre maggiore rilevanza dei dati degli utenti, intesi come *input* produttivo o come parametro concorrenziale non monetario, impone la necessità che le autorità di concorrenza siano allineate circa le possibili teorie del danno applicabili ad una concentrazione, ciò al fine di evitare che si possa avere una diversità di approcci adottati all'interno dei vari Stati membri, con evidente detrimento della certezza del diritto. Siffatto obiettivo potrebbe ad esempio essere raggiunto mediante l'adozione di un atto di *soft law* (possibilmente della Commissione UE) in cui vengano illustrate ad operatori ed autorità di concorrenza le criticità concorrenziali che le stesse autorità andranno a valutare nel momento in cui oggetto di acquisizione sia un'impresa in possesso di rilevanti banche dati, o qualora la *privacy* degli utenti, intesa come parametro concorrenziale non monetario, possa deteriorarsi al consumarsi della stessa concentrazione.

Sotto quest'ultimo aspetto, sarà importante quindi che le autorità di concorrenza adottino un approccio equilibrato nell'esaminare gli effetti scaturenti da una concentrazione. In particolare, da un lato, bisogna evitare che l'analisi degli effetti concorrenziali di un'operazione non si limiti ai soli eventuali aumenti di prezzo, poiché così facendo c'è il rischio che vengano autorizzate concentrazioni dagli effetti perniciosi per la concorrenza sul mercato. Dall'altro lato, è opportuno che eventuali profili legati all'aggregazione di dati e alla tutela della *privacy* degli utenti vengano tenuti nella giusta considerazione, senza che vengano ad annullarsi altri elementi tipici dell'analisi antitrust (e.g. potenziale incremento dei prezzi post-concentrazione). Della necessità che si raggiunga tale equilibrio è evidentemente conscia la Commissione UE, secondo cui “[i]f a company's use of data is so bad for competition that it outweighs the benefits, we may have to step in to restore a level playing field. But we shouldn't take action

*just because a company holds a lot of data. After all, data doesn't automatically equal power*³⁷⁹.

Fermo restando quanto sopra, qualsiasi tentativo di regolamentazione nei termini anzidetti dovrebbe comunque evitare di imporre vincoli particolarmente rilevanti in capo agli operatori, per i motivi che di seguito si illustreranno.

In primo luogo, sarebbe bene evitare forme di regolamentazione particolarmente invasive, ciò in quanto, come visto a più riprese, nei mercati digitali, per loro natura caratterizzati da un elevato tasso tecnologico, il fatto che un'impresa detenga (attualmente) un certo potere di mercato non significa che questa non sia esposta alle pressioni concorrenziali da parte di prodotti maggiormente innovativi.

In secondo luogo, va sempre tenuto presente che eventuali conseguenze anticoncorrenziali derivanti da una concentrazione possono in ogni caso essere esaminate dalle autorità di concorrenza ai sensi degli articoli 101 e 102 TFUE, e delle corrispondenti norme nazionali. A tal proposito, costituisce un principio consolidato la circostanza che l'acquisizione di un concorrente da parte di un operatore in posizione dominante possa rappresentare un abuso di posizione dominante, ai sensi dell'art. 102 TFUE, dal momento che tale operazione può rafforzare la posizione di mercato dello stesso operatore dominante³⁸⁰.

In terzo luogo, altre branche del diritto possono rappresentare la soluzione ad eventuali problematiche scaturenti da una concentrazione. Ci si riferisce in

³⁷⁹ Speech Commissioner Vestager 'Competition in a big data world' (Jan. 2016):

³⁸⁰ CORTE DI GIUSTIZIA, sentenza del 21 febbraio 1973, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione*, C-6/72, EU:C:1972:101, par. 2; sentenza del 21 settembre 2005, *EDP*, T-87/05, EU:T:2005:333, par. 47; sentenza del 14 dicembre 2005, *General Electric Company c. Commissione*, T-210/01, EU:T:2005:456, par. 86.

particolare alla *privacy* e alle norme a tutela dei consumatori³⁸¹. A tal riguardo, la Commissione UE ha osservato che “*privacy related concerns as such do not fall within the scope of EU competition law but can be taken into account in the competition assessment to the extent that consumers see it as a significant factor of quality, and the merging parties compete with each other on this factor*”³⁸².

³⁸¹ HOGAN LOVELLS, cit., pag. 9.

³⁸² COMMISSIONE UE, comunicato stampa del 6 dicembre 2016, *Mergers: Commission approves acquisition of LinkedIn by Microsoft, subject to conditions*, disponibile al seguente indirizzo: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4284_en.htm>.

CONSIDERAZIONI FINALI

Il quesito sotteso a questa trattazione è quello di andare a verificare se le problematiche concorrenziali che si registrano nei mercati animati dalle piattaforme digitali possano essere fronteggiate mediante un approccio *ex post*, da parte delle autorità di concorrenza, o se sia invece preferibile un approccio regolatorio *ex ante*, in grado di prevenire, l'insorgenza di problematiche concorrenziali. In altri termini, ci si chiede se sia opportuno o meno perimetrare all'interno di un contesto regolatorio il fenomeno delle piattaforme online.

Invero, il dibattito attuale circa la necessità di prevedere una regolamentazione specifica per le piattaforme digitali sembra riecheggiare l'annosa questione caratterizzante gli anni '90 circa la necessità di prevedere un'apposita disciplina dell'allora emergente fenomeno del Web. A tal riguardo, l'eminente giudice Easterbrook, nella sua celebre presentazione "*The Law of the horse*", aveva già rappresentato la limitatezza dell'approcciarsi a nuovi fenomeni economici prescindendo dal diritto positivo esistente:

“the best way to learn the law applicable to specialized endeavors is to study general rules. Lots of cases deal with sales of horses; others deal with people kicked by horses; still more deal with the licensing and racing of horses, or with the care veterinarians give to horses, or with prizes at horse shows. Any effort to collect these strands into a course

on 'The Law of the Horse' is doomed to be shallow and to miss unifying principles³⁸³.

In altri termini, l'insorgere di un nuovo fenomeno economico non significa che questo si espliciti al di fuori dell'alveo del diritto positivo. Così le piattaforme digitali sono già al momento soggette a numerosi vincoli normativi che ne limitano la libertà di azione. Così, ad esempio, la disciplina consumeristica, così come la normativa a tutela della *privacy*, sono in grado di tutelare gli utenti da eventuali comportamenti scorretti di una piattaforma. Ancora, il diritto della concorrenza è in grado di reprimere quelle condotte che possano danneggiare l'equilibrio concorrenziale di un mercato.

Per altro verso, non può che condividersi l'opinione di chi ritiene che un approccio *ex ante* al fenomeno delle piattaforme digitali potrebbe avere ricadute negative sulle dinamiche competitive dei mercati in questione³⁸⁴. In primo luogo, siffatto approccio aumenterebbe i costi di *compliance* delle imprese. Seppure è vero che nei mercati in esame sono presenti veri e propri giganti tecnologici che potrebbero facilmente sopportare i costi necessari ad una regolamentazione di settore, è altrettanto vero che il settore delle piattaforme digitali è animato da start-up, in potenza i futuri *incumbent*, che potrebbero non essere in grado di far fronte ad eventuali oneri normativi. In secondo luogo, la previsione di un'apposita architettura normativa potrebbe finire con l'ingessare le attuali posizioni di mercato, rappresentando, da un lato, una barriera all'entrata per operatori nuovi entranti, e dall'altro lato, uno strumento di consolidamento delle posizioni di primazia degli operatori *leader* del settore³⁸⁵.

Alla luce di quanto sopra, eventuali problematiche concorrenziali che si verificassero nel settore delle piattaforme digitali sembrerebbero potersi meglio potersi affrontare attraverso le lenti del diritto antitrust. Difatti, essendo il loro intervento limitato alle

³⁸³ F. H. EASTERBROOK, *Cyberspace and the law of the horse*, in *University of Chicago Law Forum*, 1 (1996), pag. 207.

³⁸⁴ A. CHISHOLM, N. JUNG, *Platform regulation – ex-ante versus ex-post interventions: evolving our antitrust tools and practices to meet the challenges*, in *Competition Policy International*, 11, 1 (2015), pag. 5-6.

³⁸⁵ *Ibid.*

peculiarità del singolo caso di specie, le autorità di concorrenza sono meglio posizionate a verificare l'effettivo disvalore concorrenziale di una data condotta alla luce di possibili innovazioni in grado di riequilibrare i destini competitivi di un dato mercato³⁸⁶.

Ciò però comporta la necessità di adeguare gli strumenti e gli schemi di pensiero generalmente adoperati nel contesto dei mercati tradizionali alle peculiarità di mercati più fluidi come quelli delle piattaforme digitali, in cui le preferenze dei consumatori e il grado di sofisticazione tecnologica sono in continua evoluzione.

Allo stesso tempo, sarà necessario assicurare che l'intervento delle autorità di concorrenza sia quanto mai tempestivo e rapido. La dinamicità dei mercati in parola non rende tollerabile un intervento tardivo o poco rapido da parte delle autorità antitrust. A tal proposito, l'istruttoria avviata nel 2010 dalla Commissione UE, e non ancora conclusa, nei confronti di Google sembra indicare che la strada da compiere sia ancora lunga.

In ultimo, si rende necessario un maggiore grado di coordinazione a livello sovranazionale tra le autorità di concorrenza. La circostanza che la maggior parte delle piattaforme digitali operi contestualmente in più Stati membri richiede un quadro giuridico coerente a livello europeo, sicché è inammissibile che una medesima condotta possa essere considerata anticoncorrenziale o meno in base all'autorità di concorrenza che la esamina³⁸⁷.

³⁸⁶ M. MAGGIOLINO, *Concorrenza e piattaforme: tra tradizione e novità*, op. cit., pag. 49.

³⁸⁷ Sul punto v. *infra* Cap. 3, sez. 4.2.3.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Concorrenza e mercato: Antitrust, regulation, consumer Welfare, Intellectual property*, Milano (2015).

P. AKMAN, *The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment Under EU Competition Law*, 19 luglio 2016, in: <<https://ssrn.com/abstract=2811789>>.

M. ARMSTRONG, *Competition in two-sided markets*, in *RAND Journal Economics*, 37, 3 (2006).

V. AURICCHIO ET AL., *Gli accordi di distribuzione commerciale nel diritto della concorrenza*, Padova (2013).

D. AUER, N. PETIT, *Two-Sided Markets and the Challenge of Turning Economic Theory into Antitrust Policy*, in *The Antitrust Bulletin*, 60, 4 (2015).

P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI, *20 Anni di antitrust – L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino (2010).

G. BELLOMO, *There ain't no such thing as a free lunch. Una riflessione sui meccanismi di mercato dell'economia digitale e sull'effettività delle tutele esistenti*, in AA.VV., *Concorrenza e mercato: Antitrust, regulation, consumer Welfare, Intellectual property*, 23 (2016).

M. BORREAU ET AL., *Big data and Competition Policy: Market power, personalised pricing and advertising*, 2017, in: <http://www.cerre.eu/sites/cerre/files/170216_CERRE_CompData_FinalReport.pdf>.

G. BRUZZONE, *L'abuso di posizione dominante*, in AA.VV., *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli (2013).

C. BREUVART, *Big data and competition law in the digital sector: Lesson from the European Commission's merger control practice and recent national initiative*, in *Concurrence n.3-2016* (2016).

A. CHISHOLM, N. JUNG, *Platform regulation – ex-ante versus ex-post interventions: evolving our antitrust tools and practices to meet the challenges*, in *Competition Policy International*, 11, 1 (2015).

G. CIPOLLA, *Hotel Online Booking Sector: the commitments of ‘Booking’ and the most favored nation clauses. a case conducted in cooperation with other national competition authorities*, in *Rivista Italiana di Antitrust / Italian Antitrust Review*, 3, 1 (2015).

M. COLANGELO, V. ZENO-ZENCOVICH, *La intermediazione on-line e la disciplina della concorrenza: i servizi di viaggio, soggiorno e svago*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II)*, 1 (2015).

M. COLANGELO, *Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 8, 1 (2017).

D. COYLE, *Making the most of platforms: a policy research agenda*, 2016, in: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2857188>.

COPENAGHEN ECONOMICS, *The internal market and the relevant geographical market*, 2003.

S. CROSIO, C. GREGORI, *Acquisizione di società ad elevato contenuto tecnologico: clausole di earn-out e dichiarazioni e garanzie del venditore*, in *Contratto e impresa*, 2000.

L. DUNLOP, S. SPEISER, *Merger control in the United States: overview*, in *Practical Law*, 26 febbraio 2017, in: <<http://uk.practicallaw.com/5-501-2849?source=relatedcontent>>.

F. H. EASTERBROOK, *Cyberspace and the law of the horse*, in *University of Chicago Law Forum*, 1 (1996).

D. EVANS, V. YANHUA ZHANG, *Qihoo 360 v Tencent: First Antitrust Decision by The Supreme Court*, in *Competition Policy International*, 21 ottobre 2014, in: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/qihoo-360-v-tencent-first-antitrust-decision-by-the-supreme-court/>>.

- A. EZRACHI, E. STUCKE**, *Virtual competition the promise and perils of the algorithm-driven economy*, Cambridge (2016).
- A. EZRACHI**, *The competitive effects of parity clauses on online commerce*, in *European Competition Journal*, 11, 2-3 (2015), in: <<http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/17441056.2016.1148870>>.
- P. FATTORI, M. TODINO**, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna (2010).
- L. FILISTRUCCHI ET AL.** *Market definition in two-sided markets: Theory and practice*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 10, 2 (2014).
- L. FILISTRUCCHI**, *SSNIP Test for Two-Sided Markets – The Case of Media*, in *NET Institute Working Paper*, 8, 34 (2008).
- A. FRIGNANI, A. SONNATI**, *La distribuzione via internet nell'Unione europea prima e dopo il Regolamento 330/2010: i giudici hanno compreso l'economia di internet?*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 3 (2016).
- G. GASPARRI**, *Timidi tentativi giuridici di mess a fuoco del bitcoin: miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema?*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 31, 3 (2015).
- A. GEBICKA, A. HEINEMANN**, *Social Media & Competition Law*, in *World Competition*, 37, 2 (2014).
- I, GRAEF**, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Alphen aan den Rijn (2016).
- F. E. GONZÁLEZ-DÍAZ, M. BENNET**, *The law and economics of most-favoured nation clauses*, in *Competition Law & Policy Debate*, 1, 3 (2015).
- A. S. GROVE**, *Only the Paranoid Survive: How to Exploit the Crisis Points That Challenge Every Company*, New York (1996).
- G. GÜRKAYNAK ET AL.**, *Multisided markets and the challenge of incorporating multisided considerations into competition law analysis*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 5, 1 (2017).
- A. HAGIU, J. WRIGHT**, *Multi-sided platforms*, in *International Journal of Industrial Organization*, 43, C (2015).

- J. E. HARRINGTON, Y. KATSOUACOS**, *Recent Advances in the Analysis of Competition Policy and Regulation*, Cheltenham (2012).
- J. HEDERSTRÖM, L. PEEPERKORN**, *Vertical Restraints in On-line Sales: Comments on Some Recent Developments*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 7, 1 (2015).
- H. HOBBELEN ET AL.**, *Selected recent developments in the application of the EU competition law to online platforms*, ottobre 2016, in: <<http://www.eui.eu/Projects/ENTRANCE/Documents/NewEntrance/Workshops/AnnualConference/Recent-Development-in-the-Application-of-EU-Competition-law-to-Online-Platforms-Hobbelen-Lorje%CC%81-Guenay.pdf>>.
- P. IBANEZ COLOMO**, *What to make of the fresh charges against Google*, in *Chillin'Competition*, 15 luglio 2016, in: <<https://chillingcompetition.com/2016/07/15/>>.
- P. IBANEZ COLOMO**, *Copyright Licensing and the EU Digital Single Market Strategy*, in *LSE Legal Studies Working Paper*, 19/2015 (2015), in: <<https://ssrn.com/abstract=2697178>>.
- P. IBANEZ COLOMO**, *Case C-230/16, Coty: a straightforward issue with major implications*, in *Chillin'Competition*, 16 febbraio 2017, disponibile al seguente indirizzo: <<https://chillingcompetition.com/2017/02/16/case-c-23016-coty-a-straightforward-issue-with-major-implications/>>.
- H. JACOBS**, *Former MySpace CEO explains why Facebook was able to dominate social media despite coming second*, in *Business Insider*, 9 maggio 2015, in: <<http://www.businessinsider.com/former-myspace-ceo-explains-why-facebook-was-able-to-dominate-social-media-despite-coming-second-2015-5?IR=T>>.
- J. P. JOHNSON**, *The Agency Model and MFN Clauses*, 2014, in: <<https://ssrn.com/abstract=2217849>>.
- A. JONES, B. SUFRIN**, *EU competition law: text, cases, and materials*, Oxford (2016).
- A. LA BELLA, E. BATTISTON**, *Economia e organizzazione aziendale*, Milano (2008).

- A. LAMADRID**, *Regulating platforms? A competition law perspective*, in *Chillin'Competition*, 24 novembre 2015, in: <<https://chillingcompetition.com/2015/11/24/regulating-platforms-a-competition-law-perspective/>>.
- A. LAMADRID**, *The Double Duality of Two-Sided Markets*, in A. ORTIZ, *Internet Competition & Regulation Of Online Platforms*, 2016.
- A. LAMADRID**, *Facebook, Privacy and Article 102- a first comment on the Bundeskartellamt's investigation*, in *Chillin'Competition*, in: <<https://chillingcompetition.com/2016/03/02/facebook-privacy-and-article-102-a-first-comment-on-the-bundeskartellamts-investigation/>>.
- J. D. LEE**, *Post U.S. v. Apple: How should Most-Favoured Nation Clauses be Treated Now?*, in *Cardozo Arts & Entertainment*, 33, 1 (2015), in: <<http://www.cardozoelj.com/wp-content/uploads/2014/01/Lee-Final.pdf>>.
- I. LIANOS**, *Collusion in Vertical Relations under Article 81 EC*, in *Common Market Law Review*, 45 (2008).
- M. LIBERTINI**, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano (2014).
- M. MAGGIOLINO**, *Concorrenza e piattaforme: tra tradizione e novità*, in AA.VV., *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione*, Bologna (2016).
- M. MAGGIOLINO**, *Big Data e prezzi personalizzati*, in *Concorrenza e mercato: Antitrust, regulation, consumer Welfare, Intellectual property*, 23, Milano (2016).
- M. MAHER ET AL.**, *Resetting competition policy frameworks for the digital ecosystem*, 2016, in: <http://www.gsma.com/publicpolicy/wp-content/uploads/2016/10/GSMA_Resetting-Competition_Report_Oct-2016_60pp_WEBv2.pdf>.
- F. MARINI BALESTRA**, *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, Milano (2016).
- B. MARTENS**, *An Economic Policy Perspective on Online Platforms*, Institute for prospective technological studies – Digital Economy Working Paper 2016/05,

2016, in: <<https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eur-scientific-and-technical-research-reports/economic-policy-perspective-online-platforms>>.

R. MCLEOD, *Novel But a Long Time Coming: The Bundeskartellamt Takes on Facebook*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 7, 6 (2016).

P. MEZZETTI, *Le rettifiche di purchase price tra il “signing” e il “closing”*, in *Le Società*, 5, 2011 (2011).

J. MODRALL, *EU Commission consults on merger control reform*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 26 ottobre 2016, in: <<http://kluwercompetitionlawblog.com/2016/10/26/eu-commission-consults-on-merger-control-reform/>>.

G. MONTI, G. COELHO, *Geo-Blocking Between Competition Law And Regulation*, in *Antitrust Chronicle*, 1, 1 (2017).

M. MONTI, *Market definition as a cornerstone of EU Competition policy - Workshop on Market Definition*, 2001.

V. MOSCA, *Diritti di proprietà intellettuale e disciplina delle concentrazioni – Rassegna delle decisioni comunitarie*, in AA.VV., *Concorrenza e mercato: Antitrust, regulation, consumer Welfare, Intellectual property*, 24 (2014).

R. NAZZINI, *Unequal Treatment by Online Platforms: A Structured Approach to the Abuse Test in Google*, in *GCLC Annual Conference Series (Louvain-la-Neuve, Bruylant 2017)*, 2016, in <<https://ssrn.com/abstract=2815081>>.

R. O'DONOGHUE, J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oxford (2013).

E. OCELLO ET AL., *What's Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case*, in *Competition merger brief*, 1 (2015).

O. ODUDU, *Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion*, in *European Competition Journal*, 7, 2 (2011).

A. ORTIZ, *Internet Competition & Regulation Of Online Platforms*, 2016.

C. ORTIZ, P. SABBATINI, *Sulla (ir)rilevanza del mercato rilevante*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3 (2012).

- P. PARCU ET AL.**, *Antitrust enforcement in traditional v online platforms*, 2016.
- N. PASSARO**, *How Meyer v. Kalanick Could Determine How Uber and the Sharing Economy Fit into Antitrust Doctrine*, 2016, in: <<https://ssrn.com/abstract=2880204> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2880204>>.
- M. PEITZ ET AL.**, *Market Definition, Market Power and Regulatory Interaction in Electronic Communications Markets*, 2014, in: <http://www.cerre.eu/sites/cerre/files/141029_CERRE_MktDefMktPwrRegInt_ECMs_Final.pdf>.
- N. PETIT**, *Theories of Self-Preferencing Under Article 102 TFEU: A Reply to Bo Vesterdorf*, 2015, in: <<https://ssrn.com/abstract=2592253>>.
- O. PROUST, G. GOOSSENS**, *France Adopts Digital Republic Law*, in *Fieldfisher Privacy, Security and Information Law*, 4 ottobre 2016, in: <<http://privacylawblog.fieldfisher.com/2016/france-adopts-digital-republic-law>>.
- J. RIFKIN**, *The age of access: The new culture of hypercapitalism, Where All of Life is a Paid-For Experience*, New York (2000).
- L. RITTER, W. D. BRAUN**, *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, Boston (2005).
- J. C. ROCHET, J. TIROLE**, *Two-sided markets: a progress report.*, *The RAND journal of economics*, 37, 3 (2006).
- J. C. ROCHET, J. TIROLE**, *Two-sided markets: an overview*, *Institut d'Economie Industrielle working paper*, 2004.
- R. SCHMALENSSEE, D. S. EVANS**. *Industrial organization of markets with two-sided platforms*, in *Competition policy international*, 3, 1 (2007).
- M. SIRAGUSA ET AL.**, *L'abuso di posizione dominante*, in AA.VV., *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Torino (2010).
- D. STALLIBRASS, S. PANG**, *Clash of Titans: How China Disciplines Internet Markets*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 6, 6 (2015).
- P. TROIANO**, *Globalizzazione dei mercati e controllo sulle concentrazioni*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI, *20 Anni di antitrust – L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino (2010).

D.S. TUCKER, H.B. WELLFORD, *Big Mistakes Regarding Big Data*, in *The Antitrust Source*, 14, 2.1 (2014).

I. VAN BAEL, J. BELLIS, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, Torino (2009).

N. VAN GORP, O. BATURA, *Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy*, Study for the ECON Committee, 2015, in: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL_STU\(2015\)542235_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL_STU(2015)542235_EN.pdf)>.

C. VELJANOVSKI, *Network effects and two-sided markets*, 2007, in: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1003447>.

V. VISCO COMANDINI, *Google e i Mercati dei Servizi di Ricerca su Internet*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 3 (2013).

S. WARTINGER, L. SOLEK, *Restrictions of Third-Party Platforms within Selective Distribution Systems*, in *World Competition*, 39, 2 (2016).

L. WIETHAUS, *Google's Favouring of Own Services: Comments from an Economic Perspective*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 6, 7 (2015).

S. WISMER, C. BONGARD, A. RASEK. *Multi-Sided Market Economics in Competition Law Enforcement*, in *Journal of European Competition Law & Practice* 1, 6 (2016).

ASSONIME, *Consultazione UE sul controllo delle concentrazioni*, 17 ottobre 2016, in: <<http://www.assonime.it/AssonimeWeb2/dettaglio.jsp?id=268215&idTipologiaDettaglio=372>>.

AUTORITAT CATALANA DE LA COMPETÈNCIA, *Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*, gennaio 2017.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT, *Competition Law and Data*, 10 maggio 2016, in:

<<http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>>.

W. BERG, *Germany Proposes Transaction Value Threshold to Require Notification of High Value Deals Even with No/De Minimis Sales in Germany*, 22 luglio 2016, in: <<http://kluwercompetitionlawblog.com/2016/07/22/germany-proposes-transaction-value-threshold-to-require-notification-of-high-value-deals-even-with-node-minimis-sales-in-germany/>>.

BEUC, *EU Merger Control – BEUC’S comments on jurisdictional thresholds*, 10 febbraio 2017, in: <http://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2017-010_comments_on_eu_merger_control.pdf>.

BUNDESKARTELLAMT, B6-113/15, *Working Paper – Market Power of Platforms and Networks*, 2016, in: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Think-Tank-Bericht-Langfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=2>.

BUNDESKARTELLAMT, B6-113/15, *Working Paper – Market Power of Platforms and Networks (executive summary)*, 2016, in: <[Think-Tank-Bericht-Zusammenfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=4](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Think-Tank-Bericht-Zusammenfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=4)>.

BUNDESKARTELLAMT, *The Market Power of Platforms and Networks (Executive summary)*.

CLIFFORD CHANCE, *The European Commission invites comments on possible changes to its merger control rules*, 11 ottobre 2016, in: <https://www.cliffordchance.com/briefings/2016/10/the_european_commission_invites_comments.html>.

COMPETITION AND MARKET AUTHORITY, *Alex Chisholm speaks about online platform regulation*, 27 ottobre 2015, in: <<https://www.gov.uk/government/speeches/alex-chisholm-speaks-about-online-platform-regulation>>.

COMPETITION AND MARKET AUTHORITY, *The commercial use of consumer data*, CMA 38, 2015, in:

<https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf>.

COMPETITION AND MARKET AUTHORITY, *UK Competition and Markets Authority response to the European Commission's consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*, in:

<http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-7/uk_cma_14046.pdf>.

COMMISSIONE UE, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, in GU C 45 del 24 febbraio 2009, pag. 7;

COMMISSIONE UE, comunicato stampa del 30 novembre 2010, *Antitrust: Commission probes allegations of antitrust violations by Google*, in: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1624_en.htm?locale=en>.

COMMISSIONE UE, comunicato stampa del 14 luglio 2016, *Antitrust: nuove iniziative contro Google per pratiche pubblicitarie e di acquisto comparativo*, in: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2532_it.htm>.

COMMISSIONE UE, *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, in GU C 372 del 9 dicembre 1997.

COMMISSIONE UE, *Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*, in: <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud>>.

COMMISSIONE UE, *Commission Staff Working Document on Online Platforms, accompanying the document, Communication on Online Platforms and the Digital Single Market*, in: <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/commission-staff-working-document-online-platforms>>.

COMMISSIONE UE, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Le piattaforme online e il mercato unico digitale Opportunità e sfide per l'Europa*, COM(2015) 192 final, 2015.

COMMISSIONE UE, *Commission Staff Working Document, Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on addressing geo-blocking and other forms of discrimination based on place of residence or establishment or nationality within the single market*, SWD(2016) 173, 2016.

COMMISSIONE UE, *Comunicazione della Commissione pubblicata conformemente alle disposizioni di cui all'articolo 27, paragrafo 4, del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio in relazione al caso AT.40153 Clausole MFN per gli e-book e questioni correlate*, in GU C 26 del 26 gennaio 2017, pag. 2.

COMMISSIONE UE, *Comunicazione della Commissione del 10 maggio 2010: orientamenti sulle restrizioni verticali*, in GU C 130 del 19 maggio 2010, pag. 1.

COMMISSIONE UE, *Regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione, del 20 aprile 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate*, in GU L 102 del 23 aprile 2010, pag. 1.

COMMISSIONE UE, *Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry*, SWD(2016) 312, 2016.

COMMISSIONE UE, *Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU Merger Control*, in: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/index_en.html.

COMMISSIONE UE, decisione del 20 gennaio 2017, caso M.8124 – *Microsoft/LinkedIn*.

COMMISSIONE UE, decisione del 9 gennaio 2014, caso M.7023 – *Publicis/Omnicom*.

COMMISSIONE UE, decisione del 4 settembre 2012, caso M.6314 – *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*.

COMMISSIONE UE, decisione dell'11 marzo 2008, caso M.4731 – *Google/DoubleClick*.

COMMISSIONE UE, comunicato stampa del 6 dicembre 2016, *Mergers: Commission approves acquisition of LinkedIn by Microsoft, subject to conditions*, in: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4284_en.htm>.

CONVINGTON & BURLING LLP, *Germany's Proposal to Introduce "size-of-transaction" Merger Review Thresholds Steps up Wider European Debate over Acquisitions of Start-ups*, 14 luglio 2016, in: <https://www.cov.com/-/media/files/corporate/publications/2016/07/germany_merger_review_thresholds.pdf>.

DEPARTMENT OF JUSTICE, *Former E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division's First Online Marketplace Prosecution*, 6 aprile 2015, in: <<https://www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace>>.

DEPARTMENT OF JUSTICE/FEDERAL TRADE COMMISSION, *Horizontal Merger Guidelines*, 2010.

EDPS, *Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*, Opinion 8/2016, in: <https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2016/16-09-23_BigData_opinion_EN.pdf>.

EUROPEAN PARLIAMENT, *Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy*, 2015, in: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL_STU\(2015\)542235_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL_STU(2015)542235_EN.pdf)>.

FEDERAL TRADE COMMISSION, *Data Brokers: A Call for Transparency and Accountability*, 2014, in: <<https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/data-brokers-call-transparency-accountability-report-federal-trade-commission-may-2014/140527databrokerreport.pdf>>.

HOGAN LOVELLS INTERNATIONAL LLP, *EU merger control procedural & jurisdictional aspects – Reply to the European Commission consultation*, gennaio 2017, in: <<https://www.hoganlovells.com/en/publications/reply-to-ec-consultation>>.

HOUSE OF LORDS, *Online Platforms and the Digital Single Market (10th Report of Session 2015–16)*, 2016.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, *Online Vertical Restraints Special Project Report*, 2015, in: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1070.pdf>>.

H. KELLY, *Why Gmail and other e-mail services aren't really free*, in *CNN*, 1 aprile 2014, in: <<http://edition.cnn.com/2014/03/31/tech/web/gmail-privacy-problems/>>.

MONOPOLKOMMISSION, *Competition policy: The challenge of digital markets* (Special Report No 68), 2015, in: <http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s68_fulltext_eng.pdf>.

OCSE, *Vertical Restraints for On-line Sales - Policy Roundtables*, 2013, in: <<http://www.oecd.org/competition/VerticalRestraintsForOnlineSales2013.pdf>>

OCSE, *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*, 2015, in: <<http://www.oecd.org/sti/data-driven-innovation-9789264229358-en.htm>>.

OCSE, *Two-Sided Markets Report*, 2009.

OCSE, *The economic and social role of internet intermediaries*, 2010, in: <<https://www.oecd.org/internet/ieconomy/44949023.pdf>>.

OCSE, *Big data: bringing competition policy to the digital era (Background note by the Secretariat)*, DAF/COMP(2016)14, 27 ottobre 2016, pag. 20, in: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf)>.

OFFICE OF FAIR TRADING, *Assessment of market power*, OFT415, 2004, in: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284400/oft415.pdf>.

D. ORF, *Google Chrome is now the most popular web browser*, in *Gizmodo*, 5 febbraio 2016, in: <<http://gizmodo.com/google-chrome-is-now-the-most-popular-web-browser-1774266161>>.

OXERA CONSULTING LLP, *Most-favoured-nation clauses: falling out of favour?*, 2014, in: <<http://www.oxera.com/Latest-Thinking/Agenda/2014/Most-favoured-nation-clauses-falling-out-of-favour.aspx>>.

OXERA CONSULTING LLP, *Benefits of online platforms*, 2015, in: <[http://www.oxera.com/getmedia/84df70f3-8fe0-4ad1-b4ba-d235ee50cb30/The-benefits-of-online-platforms-main-findings-\(October-2015\).pdf.aspx?ext=.pdf](http://www.oxera.com/getmedia/84df70f3-8fe0-4ad1-b4ba-d235ee50cb30/The-benefits-of-online-platforms-main-findings-(October-2015).pdf.aspx?ext=.pdf)>.

J. ROVESENCIO, *These Companies Prove You Don't Need to 'Own' Anything to be Successful*, 2015, in *The Huffington Post*, 27 giugno 2015, in: <http://www.huffingtonpost.com/jonha-revesencio/these-companies-prove-you_b_7157626.html>.
