

EDUARDO OROZCO MARTINEZ

*La regolazione Antitrust dello "Stagno" digitale
Mediterraneo*

Introduzione

La storia dell'Antitrust e quella della tecnologia sono fra loro profondamente legate. Quest'interconnessione quasi simbiotica risale alla fine del XIX secolo. In quel momento storico, la tecnologia dirompente fu identificata nello sviluppo vertiginoso del sistema ferroviario. La risposta del Congresso degli Stati Uniti a quest'innovazione si realizzò mediante l'approvazione dello *Sherman Act* del 1890 per contrastare il crescente monopolio delle ferrovie nella Nazione. Successivamente, il controllo normativo si spostò al settore dei trasporti, in particolare alla *Standard Oil Company* e al suo controllo su un input chiave per la crescita economica del XX secolo. Ancora una volta, la risposta del Congresso si tradusse nella predisposizione di uno strumento normativo: venne così emanato nel 1914 il *Clayton Act* che

completava e rafforzava le disposizioni generali dello *Sherman Act*. Più tardi, nello stesso secolo, l'Autorità Antitrust rivolse il suo sguardo regolatore verso la rivoluzione delle telecomunicazioni. Infatti, negli anni '80, il *mainframe* di IBM è diventato l'obiettivo da tutelare. Durante gli anni '90, la *US Federal Trade Commission* fermò le pratiche monopolistiche del colosso Microsoft Inc nel mercato dei browser. Nel primo decennio del nuovo millennio, il mercato digitale e in particolare, il Killer Acquisition Phenomenon ha trovato punti normativi comuni da entrambe le sponde dell'Atlantico. Oggi, infine, consideriamo che la realtà virtuale (Metaverse, Mesh for Teams ecc.) sarà la protagonista del seguente capitolo della saga dell'Antitrust.

Secondo l'analisi del Prof. Díez Estrella, alcuni anni fa si affermava che il mercato digitale era caratterizzato da un uso intensivo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, e che, in larga misura, le stesse economie convergevano su Internet quale asse del modello imprenditoriale (web-based economy). Oggi – e non può essere diversamente in un settore il cui modello imprenditoriale è innovativo, dinamico, e, per certi versi, "dirompente" – ci sono una serie di attributi aggiunti che incidono fortemente sul mercato digitale: il fatto che si operi su più di una piattaforma (*two-sidedness*); l'utilizzo della popolarità e l'estensione dei social network che pongono al centro del loro modello imprenditoriale la raccolta, l'organizzazione e il transito dei Big

Data; e infine, una traslazione dal *web-based economy* all'*app-based*¹ economy quale modello imprenditoriale².

Per affrontare i vertiginosi cambiamenti caratteristici dell'economia digitale, la Commissione europea ha pubblicato il *Final Report* intitolato "*Competition Policy for the Digital Era*" (di seguito, *Final Report*) nell'aprile 2019. Tale relazione si è autodefinita come una dichiarazione sui principi cardini imprescindibili per la corretta applicazione del diritto della concorrenza nello "stagno" digitale europeo.

È proprio dal *Final Report* che partono le riflessioni delle seguenti pagine: l'impiego degli strumenti tradizionalmente utilizzati dal diritto della concorrenza sono appropriati o si rivelano inadeguati e, addirittura, obsoleti per regolare il Mercato comune digitale europeo? La risposta più immediata al quesito proposto la troviamo nello stesso *Final Report*. Infatti, nel Cap. 3, la Commissione sottoscrive: "Non esiste la necessità di ripensare agli obiettivi fondamentali del diritto della concorrenza in linea con la rivoluzione digitale"³. Sempre al Cap. 3 può inoltre leggersi la

¹ Secondo il software di gestione di profili sociali Hootsuite, nel 2019, il numero totale di utenti internet attivi via remoto è stato di 3.986 milioni; ciò significa che il 52% della popolazione internauta globale accede ai propri contenuti preferiti e naviga attraverso il proprio smartphone.

² F. DIEZ ESTRELLA. *La Aplicación del Derecho de Competencia en la Era Digital. Casos Google, Facebook, Apple/Shazam y el Informe de la Comisión Europea de 2019*, Ed. Civitas Thomson Reuters, 2019 pp. 145-183

³ C. europea, *Competition Policy for the Digital Era*, 2019, Cap. 3 pag. 3. "There

seguinte affermazione: “Siamo convinti che il quadro di base del diritto della concorrenza, come sancito dagli articoli 101 e 102 del TFUE, continui a fornire una base solida e sufficientemente flessibile per proteggere la concorrenza nell’era digitale”⁴, ma quando viene affrontato il tema dei dati nel Cap. 5 la Commissione propone: “Alcune indicazioni per un aggiornamento della tradizionale analisi del diritto della concorrenza dei mercati post-vendita, che nella sua forma attuale non tiene conto delle specificità dei dati”⁵.

Parecchi aspetti economici del mercato digitale devono ancora essere definiti e non esiste un univoco modello esplicativo di riferimento in materia, considerando il continuo mutare dell’ecosistema digitale. Da qui nasce la complessità di applicare le norme di diritto della concorrenza e le dottrine giurisprudenziali “tradizionali” alla nuova economia. Nonostante la complessità digitale è possibile affermare senza ombra di dubbio che, grazie alle pratiche commerciali delle startups e in particolare, dei GAFAM, il mercato e le strategie aziendali si sono evoluti radicalmente e per sempre.

is no need to rethink the fundamental goals of competition law in the light of the digital “revolution”” (trad. dell’autore).

⁴ *Ibidem*: “We are convinced that the basic framework of competition law, as embedded in Articles 101 and 102 of the TFEU, continues to provide a sound and sufficiently flexible basis for protecting competition in the digital era” (trad. dell’autore).

⁵ *Ivi*: Cap. 5 pag. 10: “We propose some directions for an update of the traditional competition law analysis of aftermarkets, which in its present form does not take into account the specificities of data” (trad. dell’autore).

1. Caratteristiche del Mercato Digitale Europeo

Nel Cap. 2 il Final Report delinea tre caratteristiche fondamentali dei mercati digitali:

a) Estremi rendimenti di scala. Il costo di produzione dei servizi digitali è molto inferiore al numero di clienti serviti. Sebbene questo aspetto non sia in sé nuovo (le fabbriche più grandi sono spesso più efficienti dei dettaglianti), il mondo digitale lo spinge all'estremo e questa situazione potrebbe portare a un significativo vantaggio competitivo per gli *incumbents*⁶.

b) Esternalità di rete. La comodità di utilizzare una tecnologia o un servizio aumenta con il numero di utenti che lo adottano. Di conseguenza, non è sufficiente che un nuovo operatore offra una qualità migliore e/o un prezzo inferiore rispetto all'*incumbent*; si deve anche convincere gli utenti dell'*incumbent* a coordinare la loro migrazione verso i propri servizi. Gli effetti di rete potrebbero quindi impedire che una piattaforma superiore sostituisca un operatore già esistente. La dimensione di questo vantaggio dell'operatore storico dipende da una serie di fattori, tra cui la possibilità di *multi-homing*, portabilità dei dati e interoperabilità dei dati.

c) Il ruolo dei dati. L'evoluzione della tecnologia ha permesso alle aziende di raccogliere, conservare e utilizzare grandi quantità di

⁶ Impresa, solitamente di grandi dimensioni, che è monopolista di uno specifico mercato e tenta di bloccare l'ingresso di altre imprese, definite come entranti.

dati. I dati non sono solo uno degli ingredienti chiave dell'Intelligenza Artificiale, ma anche un input cruciale per molti servizi online, processi di produzione e logistica. Pertanto, la capacità di utilizzare i dati per sviluppare nuovi servizi e prodotti innovativi è un parametro competitivo la cui rilevanza continuerà ad aumentare⁷.

2. Digitalizzazione e concorrenza

Le peculiarità dei mercati digitali, ai quali si rifà il *Final Report*, rende particolarmente complessa la valutazione Antitrust delle pratiche commerciali che ivi si svolgono, non solo per le autorità garanti della concorrenza, ma anche in sede di ricorso giurisdizionale per una serie di motivi delineati dal Prof. Diez Estrella che noi cercheremo di esemplificare:

a) “Partendo dalla premessa che l'autorità garante valuta a priori i comportamenti imprenditoriali che potrebbero avere effetti positivi o negativi sulla concorrenza, questo compito può rivelarsi più arduo nel contesto digitale dal momento che esso è in continua evoluzione, grazie all'impiego di nuove tecnologie e di modelli di business “dirompenti” di cui si è discusso precedentemente”⁸. Nel 2015 ad esempio, una frazione crescente di aziende negli Stati Uniti

⁷ “Competition Policy for the Digital Era”, Capitolo 2, p. 2 (trad. dell'autore).

⁸ F. DIEZ ESTRELLA. La Aplicación del Derecho de Competencia en la Era Digital. Casos Google, Facebook, Apple/Shazam y el Informe de la Comisión Europea de 2019, cit., p. 145 (trad. dell'autore).

è stata identificata con rendimenti annuali del 10%, 20% e persino del 30%⁹. Una delle ragioni di questi alti profitti è stata che il Garante Antitrust avesse adottato un approccio eccessivamente permissivo nella regolamentazione dei processi di fusioni e acquisizioni come via di fuga dalla crisi dei mercati finanziari del 2007-2009. Tale crisi ha suscitato, tra l'altro, un forte scetticismo sull'efficienza del mercato, soprattutto dopo l'annuncio dei salvataggi discrezionali milionari a favore delle grandi istituzioni finanziarie. Da allora le Autorità garanti della concorrenza negli Stati Uniti e nei Paesi europei hanno esaminato in modo più approfondito ed esaustivo le *nascent competitor acquisitions*¹⁰. In particolare, sono state affrontate le questioni relative ai seguenti obiettivi: a) definire con maggiore precisione i parametri che regolano la c.d. "teoria del danno" nel mercato digitale, b) verificare se le *nascent competitor acquisitions* potenzialmente anticoncorrenziali sono state adeguatamente identificate dai sistemi di notifica e dalle soglie di fatturato previste negli anni che hanno seguito la crisi finanziaria del 2007-2009, e, infine, c) considerare se esiste una sufficiente flessibilità normativa per un riesame delle fusioni e acquisizioni nel caso in cui esse non siano state valutate correttamente dal competente organismo di regolamentazione

⁹ J. FURMAN – P. ORSZAG, *Toward just Society*, Columbia University Press, 2018, p. 19.

¹⁰ Azienda la cui potenziale innovazione rappresenta una seria minaccia per un *incumbent*. La protezione di tale concorrenza è una missione fondamentale per il diritto Antitrust.

(indipendentemente dal fatto che abbiano ottenuto un'autorizzazione o un diniego)¹¹.

b) “Le grandi imprese tecnologiche sono abitualmente leader nei rispettivi settori diventando, secondo l'Antitrust tradizionale, "imprese dominanti". La sola etichetta di “dominante” è sufficiente per presupporre il sospetto di un comportamento abusivo secondo la maggior parte delle Autorità regolatrici”¹². Quest'approccio è dovuto maggiormente all'impiego degli strumenti di misurazione di concorrenza calibrati per un'innovazione graduale del mercato e valutano come comportamento potenzialmente anticoncorrenziale un avvenimento “travolgente”¹³. Microsoft, ad esempio, è passata dall'aver come centro del proprio modello imprenditoriale il PC e Windows a puntare sull'online migliorando la propria offerta: la sostituzione del famigerato Internet Explorer per Microsoft Edge, il notevole miglioramento di Windows Server, Outlook, Office 365 e, naturalmente, l'enorme investimento nella rapida evoluzione di Microsoft Teams. Possiamo affermare che Microsoft Teams con i suoi canali, chats e rooms può essere considerato una primitiva realtà alterna solo mancante dell'elemento 3D.

¹¹ J. FURMAN, e P. ORSZAG, *Toward just Society*, cit., p. 20

¹² F. DIEZ ESTRELLA. *La Aplicación del Derecho de Competencia en la Era Digital. Casos Google, Facebook, Apple/Shazam y el Informe de la Comisión Europea de 2019*, cit., p. 151 (trad. dell'autore).

¹³ *Ibidem* (trad. dell'autore).

c) “La particolare configurazione delle barriere all’ingresso rende i mercati digitali altamente diversi dai mercati tradizionali. La storia del mercato digitale mostra che spesso le "posizioni di schiacciante superiorità" cessano di esserlo da un giorno all’altro, e le imprese che sembravano dominare un mercato vengono superate dall’innovazione tecnologica, dai mutamenti nelle abitudini di consumo o nei gusti, più o meno passeggeri, degli utenti. Per mantenere l’apparente *leadership* in un determinato settore, i giganti tecnologici devono sforzarsi di continuare a crescere e, a volte, sviluppano politiche commerciali aggressive che attirano l’attenzione delle Autorità garanti¹⁴”. Meta, ad esempio, è riuscita ad acquisire innumerevoli *start ups*¹⁵ e ha inglobato quasi 2,9 miliardi di utenti¹⁶ approfittando del lento aggiornamento della regolazione nel mercato digitale globale.

Conclusioni

Esperti in materia definiscono l’Antitrust come: “l’insieme delle norme giuridiche e delle decisioni amministrative e giurisdizionali volte a tutelare la concorrenza sui mercati, disciplinando e controllando il potere delle grandi imprese qualora esso si ponga in

¹⁴ *Ibidem* (trad. dell’autore).

¹⁵ Beluga (2011), Instagram (2012), Whatsapp (2014), Onavo (2014) Oculus VR, (2014).

¹⁶ Aggiornato a febbraio 2022.

contrasto con i benefici assicurati dalla concorrenza al pubblico e in ispecie ai consumatori”¹⁷. Per garantire la concorrenza mercato interno digitale europeo, l’Ente regolatore non deve allontanarsi dagli obiettivi appena descritti, ma è imprescindibile un aggiornamento degli strumenti di misurazione. Sono due le ragioni per le quali il *Final Report* ritiene che l’ecosistema digitale sia incompatibile con la normativa attuale e le troviamo nelle sue caratteristiche fondamentali: gli estremi rendimenti di scala e l’esternalità di rete.

Con i notevoli rendimenti di scala che il mercato digitale offre, è quasi impossibile per un’azienda minacciare la posizione dominante dell’*incumbent* anche se il prodotto o servizio in questione conta con delle caratteristiche simili. Il potenziale concorrente, per coprire il costo operativo, deve aumentare il prezzo per ogni nuovo utente (costo marginale). Nel caso in cui l’azienda concorrente riuscisse a diventare redditizia, basterebbe all’azienda dominante abbassare il prezzo temporaneamente fino a eliminarla dal mercato. La diminuzione transitoria non rappresenterebbe una perdita significativa per il fatturato globale dell’*incumbent* visto che il costo di produzione dei servizi digitali è molto inferiore al numero di clienti serviti¹⁸.

D’altro canto, è importante precisare che l’esternalità di rete è positiva per definizione: l’utilità e la comodità della piattaforma

¹⁷ Enciclopedia Treccani, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2017, voce: Antitrust Autore: A. Cucinotta p.67.

¹⁸ Ad esempio, secondo i propri dati aziendali, un solo dipendente di Meta gestisce circa 65.000 utenti mensili.

aumenta con il numero di utenti, ma in un determinato momento può diventare anticoncorrenziale, soprattutto quando il flusso dei dati diventa estremamente elevato e la piattaforma in questione non permette la condivisione dei medesimi dati con altre (compatibilità tra le piattaforme). Pensiamo ad esempio, al *business model* delle seguenti aziende digitali: Amazon è un punto d'incontro virtuale tra venditore e compratore; Airbnb: proprietario e locatario, Twitch: gamers e creatori di videogiochi, Telegram: emittore e recettore dei messaggi, Freedly: lettore e notizie. I servizi online appena accennati hanno come caratteristica comune che coinvolgono posizioni simmetriche, poste ai due lati opposti. L'esternalità di rete diventa anticoncorrenziale quando la domanda di utenti diventa così ampia che la piattaforma digitale non ha più solo due lati, ma diventa multilaterale (*two-sidedness*). L'app di Meta, ad esempio, ingloba tutti i servizi appena accennati a scapito della concorrenza¹⁹: l'utente, in media, preferirà un unico servizio digitale che gli fornisca la maggior parte dei benefici per evitare possibili incompatibilità o fastidiosi aggiornamenti continui anche se il servizio offerto non è il più efficiente. Per frenare il fenomeno descritto in precedenza, Il Digital Markets Act (DMA) inserirà nella "lista nera" alcune delle pratiche utilizzate dalle grandi piattaforme che agiscono come "gatekeeper" e consentirà alla Commissione di condurre delle indagini di mercato e sanzionare i comportamenti non conformi. In particolare, le regole

¹⁹ Market Place, FB Messenger, FB Gameroom e il FB News.

chiave stabilite dal legislatore europeo per i “gatekeeper” mirano ai seguenti obiettivi:

- Rendere interoperabili le loro app di messaggistica per evitare che gli utenti siano legati a un’unica rete.
- Consentire agli utenti di scegliere un motore di ricerca predefinito, un browser Web e un assistente virtuale quando acquistano un nuovo smartphone.
- Garantire condizioni di accesso eque per i loro app store.
- Ottenere il consenso esplicito per abbinare i dati personali agli annunci pubblicitari personalizzati.
- Vietare alle aziende di classificare i propri prodotti più in alto rispetto ad altri²⁰.

Il *Final Report* considera, inoltre, che gli strumenti Antitrust dell’economia “tradizionale” sono calibrati per un mercato in cui è presente un ampio numero di competitori che producono un bene simile. Si pensi, ad esempio, al mercato dei trasporti. Con lo scopo di aumentare i ricavi, le aziende in questo settore dell’economia devono concorrere per aumentare la loro quota di mercato secondo una *golden rule*: la diminuzione del prezzo e la continua innovazione sia nella progettazione che nella produzione del servizio in questione.

²⁰E. Parliament, Deal on Digital Markets Act: EU rules to ensure fair competition and more choice for users. Disponibile sul sito: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20220315IPR25504/deal-on-digital-markets-act-ensuring-fair-competition-and-more-choice-for-users>

Inoltre, lo Stato garantisce la libera concorrenza grazie a strumenti che limitano l'autonomia contrattuale dei privati proibendo gli accordi di cartello, le strategie di monopolizzazione come le fusioni aggressive e i trust. Infine, nel caso ipotetico in cui si rendesse impossibile la concorrenza nel mercato dei trasporti per un fenomeno economico atipico, lo Stato sarebbe pronto a intervenire disciplinando la proprietà pubblica o i servizi di pubblica utilità.

Noi riteniamo che l'esempio appena citato non sia adeguato al mercato digitale. Concentriamoci, ad esempio, sul mercato digitale dei social network: Secondo dati di Hootsuite aggiornati a gennaio 2022, Facebook è ancora la piattaforma di social media più utilizzata al mondo. Tuttavia, esistono solo sei piattaforme che gestiscono più di un miliardo di utenti attivi mensili ciascuna: Meta gestisce 2,74 miliardi, la potenziale copertura pubblicitaria di YouTube è di 2.291 miliardi, WhatsApp conta con circa 2 miliardi di utenti attivi mensili, Facebook Messenger ha circa 1,3 miliardi. La copertura pubblicitaria di Instagram è di 1.221 miliardi. Infine, WeChat (inc. Weixin 微信) conta con 1.213 milioni di utenti attivi mensili. È da evidenziare che quattro delle sei piattaforme appena citate sono di proprietà del conglomerato Meta. Esaminando il panorama, è semplice capire che, sebbene il prezzo e l'innovazione della piattaforma siano importanti per la strategia di mercato delle aziende nell'ecosistema digitale, è imprescindibile progettare una strategia di acquisizione costante e, per certi versi, aggressiva di quelle starups che potrebbero

minacciare la posizione dominante dell'incumbent in un futuro. Esperti in materia considerano che l'operatore dominante suole acquisire altre aziende digitali quando: a) l'incumbent non è disposto a subire la perdita di profitto causata dalla normale maturazione del suo prodotto o servizio sul mercato digitale b) quando è più redditizio acquisire una "Nascent Acquisition" piuttosto che investire nella propria innovazione. Quest'ultimo fenomeno potrebbe derivare in una "Killer acquisition" quando l'acquirente ha come unico obiettivo: "Interrompere lo sviluppo dei progetti di innovazione dell'azienda acquisita ed evitare così la concorrenza futura"²¹. La Commissione europea ha compreso che la strategia di acquisizioni delle multinazionali digitali è talmente importante per il loro business model che, insieme al Parlamento e al Consiglio europeo, hanno fissato, in caso di violazione alle loro responsabilità come gatekeeper previste nel DMA, non solo delle sanzioni economiche fino al 10% delle vendite annuali globali di un'azienda digitale²², ma anche la sospensione temporale del diritto a condurre delle fusioni e acquisizioni.

La normativa sulla concorrenza in materia di economia digitale europea abbisogna di essere aggiornata urgentemente Una disciplina "miope" in quest'ambito potrebbe infatti implicare:

a) Un grande spreco di risorse economiche e umane che determinerebbe una significativa perdita di costi e di opportunità per

²¹ C. CUNNINGHAM – F. EDERED – S. MA, *Killer acquisitions*, Journal of Political Economy, 2021, 129.3 pp. 649-702

²² fino al 20% per le infrazioni ripetute.

l'Autorità garante della concorrenza. Pensiamo, ad esempio, alla prima grande “Crociata”²³ dell'Autorità americana contro il colosso tecnologico di quarant'anni fa: l'IBM. Considerando le centinaia di migliaia di documenti esaminati, le migliaia di ore di interrogatorio di testimoni e di esperti e i milioni di dollari investiti nel caso, nessuno dubita “che sia stato uno dei più grandi errori nella storia dei casi Antitrust”²⁴ di quel Paese.

b) I continui errori nell'applicazione del divieto di abuso di posizione dominante rimettono in discussione una normativa restrittiva, di per sé impopolare. Le imprecisioni applicative potrebbero creare dei precedenti giuridici che rendono difficile l'agire nell'ecosistema digitale, favorendo l'incertezza giuridica e l'imprevedibilità economica²⁵;

c) La regolamentazione delle fusioni e acquisizioni tende a limitare la libertà contrattuale delle parti. Sebbene questa restrizione sia a favore della concorrenza e dell'innovazione, la verità è che gli strumenti Antitrust devono essere calibrati ai tempi moderni per evitare un'eccessiva e ingiustificata limitazione di libertà a scapito dell'interesse economico privato.

²³ Gli Stati Uniti contro IBM presso la Corte del Distretto Meridionale di New York, il 17 gennaio 1969.

²⁴ M. BOUDIN, *Book Review: Forensic Economics*, Harvard Law Review, vol. 97, 1984, p. 838.

²⁵ F. DIEZ ESTRELLA. *La Aplicación del Derecho de Competencia en la Era Digital. Casos Google, Facebook, Apple/Shazam y el Informe de la Comisión Europea de 2019*, cit., p. 155 (trad. dell'autore).

In conclusione, una disciplina Antitrust imprecisa colpirebbe l'individuo non solo riducendo la sua libertà contrattuale e aumentando l'incertezza giuridica, ma potrebbe determinare anche un impiego sterile delle risorse pubbliche ottenute dallo Stato per mezzo della riscossione dei tributi.