

SIPOTRA

AGCM vs. Amazon

Intervento di Rino Caiazza

21 gennaio 2022

1. La Decisione dell'AGCM nel caso Amazon **non apporta elementi nuovi** alla casistica di applicazione dell'art. 102 TFUE agli abusi di posizione dominante per mancato rispetto del principio di "**speciale responsabilità**" fissato dalla Corte di Giustizia a partire dalla sentenza *Hoffmann La Roche* del 1979 e proseguita con numerosi casi successivi e che è ormai un pilastro fondamentale della giurisprudenza in Europa.
2. **Speciale responsabilità** che si applica in particolar modo a **imprese integrate verticalmente** che vogliono sfruttare la dominanza nel mercato dominato per estendere e migliorare la propria posizione **in mercati contigui non dominati**. Anche qui nulla di nuovo, la Corte di Giustizia lo aveva già detto nel famoso caso *Tetra Pak* del 1994.
3. Secondo l'AGCM la condotta illecita di Amazon consisterebbe nel **self-preferencing** in base alle nuove classificazioni dei comportamenti illeciti nei mercati digitali indicate dalla Commissione (**caso Google e DMA**). Come accade spesso agli operatori integrati verticalmente, secondo l'AGCM, essa avrebbe usato strumentalmente la **forza di mercato del suo marketplace** per costringere i venditori ad utilizzare i suoi **servizi di logistica** a prescindere dalla loro maggiore efficienza.
4. Si tratta però di mera esercitazione lessicale, la sostanza è comunque l'applicazione di **condizioni asseritamente discriminatorie da parte dell'operatore dominante sul mercato dominato con effetti su quello non dominato**.
5. Amazon ha fondato la sua difesa sulla qualificazione data ai suoi comportamenti dall'AGCM come un caso di **efficiency offence**. In altre parole, a suo avviso essa sarebbe responsabile agli occhi dell'AGCM solo della sua ricerca e applicazione in concreto di **metodi maggiormente efficienti rispetto a quelli dei concorrenti nel settore della logistica** associata alla gestione di un marketplace online.
6. Come meglio spiegato alcuni degli illustri giuristi che mi hanno preceduto, la Decisione dell'AGCM **non è convincente** nell'analisi circa la motivazione dei comportamenti di Amazon:
 - (i) non fa alcuna menzione e applicazione del **principio dell'operatore "as efficient"**, che invece caratterizza la casistica dell'abuso di dominanza per **comportamenti escludenti** come quelli addebitati nel caso,
 - (ii) non analizza in modo analitico le **asserite conseguenze anticoncorrenziali causate ai venditori** e, in ultima analisi, ai **consumatori finali**, solo affermate in modo generico;
 - (iii) le **testimonianze dei venditori** menzionate nella decisione non sembrano contestare **alcun danno** nei loro confronti, semmai riferiscono di una **maggiore efficienza** della logistica di Amazon.
7. Le condotte ascritte sembrano in realtà giustificate dall'esigenza di Amazon di non deludere la **ricerca di efficienza** (consegne rapidissime e puntuali dei beni ordinati sul suo marketplace) da parte **dei consumatori** che sottoscrivono e pagano il suo **servizio Prime**.

8. Da dove nasce quindi l'importanza di questa Decisione al di là della dimensione della sanzione irrogata?
A mio avviso nasce dalla sua valenza in termini di momento storico nel quale si colloca e nel suo rapporto con il generale ripensamento dell'approccio tradizionale al diritto antitrust, in particolare l'abuso di posizione dominante, ma anche le intese verticali e le concentrazioni, in corso tra le due sponde dell'Atlantico alla luce delle specificità dei mercati digitali caratterizzati da effetti di dimensioni imponenti di "network" e "winner takes it all", così come dalla attenuazione del concetto di mercato geografico vista la portata senza confini delle piattaforme online. In altre parole, la tecnologia sta cambiando i mercati e, per conseguenza, le categorie concettuali della loro analisi.
9. Questo alla luce soprattutto delle istanze "sociali" di tipo economico e non economico che stanno condizionando tale ripensamento. Dalla Decisione Amazon si possono intuire quelle di tipo economico che sono comuni a tutti i casi che coinvolgono i c.d. GAFAM, vale a dire (i) il rapido declino di operatori alternativi effettivamente competitivi nel mercato (per le piattaforme online vedi l'esempio fatto dalla Decisione dell'incremento in tempi ristretti delle quote di mercato di Amazon rispetto ad un operatore pure di grandi dimensioni come Ebay) e (ii) la disintermediazione rispetto alle tradizionali catene verticali distributive o l'uso anticoncorrenziale del relativo potere di intermediazione digitale (vedi il recente caso Apple-Epic negli USA).
Non sono trascurabili da questo punto di vista neanche gli effetti provocati a livello di produzione o intermediazione locale (tutela dei piccoli produttori e negozi).
10. Tralascio i temi non economici, come la tutela della privacy e la capacità dei social networks di influenzare la vita politica e le decisioni degli elettori (vedi i casi Facebook e Cambridge Analytica) e quello sociale ancor più grave dei livelli occupazionali travolti dalla digitalizzazione dei mercati.
11. Veniamo al punto centrale relativo alla Decisione e non solo: dal punto di vista economico, le economie di scale e di scopo, l'efficientamento delle catene distributive con la riduzione dei costi associati, con i conseguenti vantaggi in termini di potenziale innovazione della produzione e distribuzione nonché riduzione dei prezzi, non sono forse le efficienze tradizionalmente positivamente considerate dall'approccio antitrust conosciuto finora? O dobbiamo pensare che mantenere strutture meno efficienti o più costose sia una soluzione solo per mantenere le imprese minori e le catene distributive come le abbiamo conosciute finora (nonché i livelli occupazionali)?
12. Questo però sembra essere il nuovo pensiero brandeisiano che aleggia ovunque (giustificato da asserite esigenze di analisi competitiva dinamica e efficienze non di breve periodo) e che in qualche modo sta demonizzando i grandi operatori sui mercati digitali. Ad esempio:
- Lina Khan (presidente FTC) ha trasmesso un memo al suo staff nel settembre 2021 indicando tra i 5 principi del suo piano circa le finalità dell'agenzia l'analisi dei danni provocati dalle piattaforme digitali e i "dominant intermediaries" e tra le priorità di azione quello della protezione dei lavoratori e imprese in posizione di dipendenza.
 - Il 18 gennaio scorso Lina Khan e l'Assistant Attorney General Jonathan Kanter (DoJ) ad una conferenza di annuncio della revisione delle Horizontal Merger Guidelines hanno detto, con riferimento alle questioni lavoristiche che "The agencies seek comment and information on whether the guidelines should specifically address the possible effects of mergers on employees and workers. In doing so, the agencies signal that they may consider factors such as the impact of a merger on wages, salaries, and other forms of compensation. They will also seek information on whether the guidelines should treat the elimination of jobs as a cognizable efficiency of a merger."

- Il **DDL concorrenza 2021** del Governo Draghi indica all'art. 1 tra le finalità quello di *“garantire l'accesso ai mercati di imprese di dimensioni minori”* (oltre che altri obiettivi certo non tradizionalmente di tipo antitrust come *“la tutela dell'ambiente e il diritto alla salute dei cittadini”*).
 - La **Commissione Europea** a dicembre ha pubblicato un documento che allega una bozza di comunicazione che intende adottare con **linee guida sull'applicazione del diritto antitrust comunitario agli accordi collettivi riguardanti le condizioni di lavoro dei lavoratori autonomi individuali**.
13. In modo correlato, è in corso anche un ripensamento del **concetto di “consumer welfare”** che si vorrebbe andasse oltre quello del **minor prezzo per il prodotto o servizio più innovativo e di maggior qualità**. Lo ha scritto nel 2017 Lina Khan nel suo libro *“Amazon’s Antitrust Paradox”*. Ma quali sono i **confini** di questo nuovo approccio al *consumer welfare*? Nessuno lo sa definire con **certezza e prevedibilità**.
 14. **La questione però non è nuova**. Un acceso dibattito sulla effettiva **capacità dei mercati di autoregolarsi** e la **funzione del diritto antitrust** come strumento o meno diretto solo a preservarne il regolare funzionamento rispetto a potenziali distorsioni indotte da comportamenti illeciti, è cominciato negli **USA tra la fine del '800 e la prima metà del '900** ed ha portato all'epoca a definire la necessità di tale diritto in quanto **strumento di protezione dell'individuo dallo strapotere delle imprese conglomerali**. Questa fu la presentazione fatta dal **senatore Sherman** della sua proposta di legge al Congresso USA.
 15. Da qui nacque la visione dei mercati come caratterizzati **strutturalmente** da condizioni di *“concorrenza imperfetta”*, tanto da provocare come conseguenza un **enforcement antitrust molto aggressivo** fino al punto da far **condannare condotte caratterizzate da efficienza** (sia con riferimento a pratiche escludenti che a intese verticali e concentrazioni) al fine di rendere **impossibile la creazione di monopoli**. Tale *trend* fu a lungo supportato dalla relativa **giurisprudenza** delle corti USA.
 16. La reazione a questo livello di *enforcement* eccessivo provocò la **reazione neoliberale della Chicago School** rappresentata da Stigler e Bork, seguita dalle famose **decisioni della US Supreme Court** (in particolare U.S. Supreme Court in *Reiter v. Sonotone Corp.* del 1979), che ridisegnò anche il **concetto di “consumer welfare”** come oggi lo intendiamo e della giurisprudenza precedente non rimase traccia alcuna.
 17. Ora sembra di assistere al **processo inverso e al ritorno alle motivazioni e finalità** che avevano inizialmente caratterizzato la scelta di creare ed applicare aggressivamente un corpus normativo antitrust contro le imprese di grandi dimensioni per questa sola o principale ragione. Non a caso uno dei principali esponenti dei **nuovi brandeisiani, Tim Wu**, professore alla Columbia University, **Special Assistant** del Presidente Biden per i settori **Technology and Competition Policy**, aveva già scritto nel 2018 un volume, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, in cui si scagliava contro i giganti della tecnologia e i relativi rischi per la collettività e ne proponeva come rimedio il **break up**.
 18. In tutto questo si inserisce la **Decisione** che, seppur **non dichiaratamente e perfino inconsapevolmente**, sembra più ispirata a questo **clima di disfavore** nei confronti delle imprese digitali dominanti e da rischi veri o solo temuti, che da effettive condotte anticoncorrenziali e concreti o potenziali danni da esse provocate. Tanto che la Decisione, pur citando ripetutamente il requisito della *“materialità”* della condotta abusiva che sarebbe di per sé sufficiente a connotare la stessa come illecito, è costretta a ricorrere

all'ulteriore requisito dell'intento illecito a supporto della stessa. Intento di cui però, a differenza di casi simili (ad esempio il famoso caso *Microsoft/Internet Explorer*), non riesce a fornire alcuna prova concreta.

19. In sostanza la Decisione mostra la volontà di perseguire lo strapotere di Amazon, come pure hanno fatto le decisioni su Google della Commissione e le recenti decisioni delle Autorità antitrust francese, lussemburghese, tedesca (e irlandese per gli aspetti non economici) su Google, Amazon e Facebook, e come aveva fatto la stessa AGCM su Google (Enel X) e su Facebook (quest'ultima come pratica commerciale scorretta).
20. Ma stavolta la Decisione inciampa e dimostra che l'approccio tradizionale alle problematiche create dalla digitalizzazione dei mercati che sono il prodotto non di comportamenti effettivamente illeciti, ma di maggiore efficienza indotta dalla digitalizzazione e dalla tecnologia, non è sufficiente per preservare la struttura di questi mercati (ammesso che questo si voglia e sia giusto fare a potenziale detrimento di innovazione e beneficio economico per i consumatori) e deve semmai intervenire il legislatore con decisione politica, non economica.
21. Non a caso, ci sono iniziative legislative già concluse, come in Germania dove è stato introdotto un nuovo test di dominanza per gli operatori digitali ("*paramount significance for competition across markets*") ed è già partita la prima procedura basata su questo test (*Google News Showcase*) o attualmente in corso sia negli USA (ben sei *Bills of Law* davanti al Congresso per disciplinare gli operatori digitali dominanti) che nell'Unione Europea (si pensi al DSA e DMA). Sul DMA, che usa strumenti correttivi *ex post* per regolamentare *ex ante* e in via generalizzata il comportamento dei c.d. *gatekeepers*, molto di negativo ci sarebbe da dire, ma non c'è tempo e trovate le mie considerazioni sul sito Sipotra in un precedente webinar.