Fauceglia D, 'Il caso Amazon, i fenomeni negoziali e l'abuso di posizione dominante. Prime riflessioni in tema di self-preferencin' (2021) 2 EJPLT, Available at: www.ejplt.tatodpr.eu

EJPLT

ISSN 2704-8012



Il caso Amazon, i fenomeni negoziali e l'abuso di posizione dominante. Prime riflessioni in tema di self-preferencing

The Amazon case, the negotiation phenomena and the abuse of dominant position. First reflections on the self-preferencing

DOMENICO FAUCEGLIA
Ph.D. in Private Law at Università degli Studi di Roma Tor Vergata
ORCID

Abstract

With the closing of the preliminary investigation A528, the Competition Authority (AGCM) imposed an exorbitant fine (of over one billion euros) on the Amazon company, for having abused its dominant position in the e-commerce market to the detriment not only of other marketplaces, but also to the detriment of companies providing logistics services that have not joined the Amazon logistics program. In particular, the provision of the Guarantor Authority, in admitting that the list of abusive conduct mentioned in art. 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union represents only an exemplary list of anticompetitive offenses, it is characterized by having qualified the conduct of self-preferencing in terms of abuse of dominant position. The contribution, examining the provision of the Guarantor Authority, offers ideas on the subject of self-preferencing in digital markets both from the point of view of competition law, and from the point of view of the law of regulation of digital markets.

© The author(s) 2022, published by Suor Orsola University Press. This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Abstract: *Con provvedimento di chiusura istruttoria A528, l'Autorità Garante della Concorrenza ha irrogato un'esosa sanzione (di oltre un miliardo di euro) alla società Amazon, per aver abusato della propria posizione di dominio nel mercato dell' e-commerce a danno non solo di altri marketplace, ma anche a danno delle imprese esercenti servizi di logistica che non hanno aderito al programma di logistica di Amazon. In particolare, il provvedimento dell' Autorità Garante, nell'ammettere che l'elenco delle condotte abusive menzionate dall'art. 102 del Trattato sul funziona-mento dell'Unione Europea rappresenta solo una lista esemplificativa degli illeciti anticoncorrenziali, si caratterizza per aver qualificato la condotta del self-preferencing in termini di abuso di posizione dominante. Il contributo, esaminando il provvedimento dell' Autorità Garante, offre spunti in tema di self-preferencing nei mercati digitali sia nell'ottica (sanzionatoria) del diritto della concorrenza, sia nell'ottica (prospettica) del diritto della regolazione dei mercati digitali.*

Keywords: contract, market, e-commerce, abuse of dominant position, self-preverencing.

Summary: 1. Il commercio elettronico e le piattaforme digitali. – 2. Il successo dei marketplace. – 3. Le condizioni generali di contratto praticate dai principali marketplace. – 4. I vantaggi per i venditori FBA di Amazon. – 5. Il modello FBA e le restrizioni nel mercato dell'e-commerce e nel mercato della logistica. – 6. Atipicità delle condotte abusive. – 7. Il self-preferencing posto in essere da Amazon (e il precedente caso di Google Shopping). – 8. Il self-preferencing nella proposta del Digital Markets Act.

1. Il commercio elettronico e le piattaforme digitali.

Il commercio elettronico è stato definito dalla Commissione Europea come lo «svolgimento di attività commerciali e di transazioni per via elettronica. Esso si basa sull'elaborazione e la trasmissione elettronica delle informazioni... comprende attività diverse quali: la commercializzazione di beni e servizi per via elettronica; la distribuzione "on line" di contenuti digitali, l'effettuazione per via elettronica di operazioni finanziarie e di borsa, gli appalti pubblici per via elettronica ed altre procedure di tipo transattivo delle Pubbliche Amministrazioni»[1].

Nell'ambito dell' *e-commerce*, inteso come l'insieme delle transazioni per la commercializzazione di beni e servizi tra venditori e consumatori, realizzate tramite internet, va distinto il commercio elettronico *diretto* dal commercio elettronico *indiretto*, mentre, per altro verso, si parla di commercio elettronico tra imprenditori (cosiddetto "*business to business*", dagli anglosassoni abbreviato anche in B2B), commercio elettronico nei confronti dei consumatori

[1] Comunicazione della Commissione Europea al parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni del 15-4-1997, COM [97] 157. C'è chi ha parlato di *Internet* come un *non luogo*, un nuovo mezzo di comunicazione "che per sua natura rende assai difficoltosa la collocazione geografica dei soggetti che di esso si servono per comunicare" G. Finocchiaro, *Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet*, in *Contratto e impr.*, 2001, p. 571 ed ora in *Diritto di internet. Scritti e materiali per il corso*, Bologna, 2001, p. 1.

(cioè: "*business to consumer*", siglabile B2C) e commercio elettronico tra pari (cioè "*peer to peer*", siglabile P2P).

La prima coppia di termini, commercio elettronico diretto e indiretto, fa riferimento alla modalità di esecuzione della transazione: si definisce commercio elettronico diretto quello che si realizza interamente "on line" quale ad esempio la cessione di un "file" (o, meglio, un brano) musicale, mentre è commercio elettronico indiretto quello che richiede necessariamente una fase "off line", come si ha ad esempio in caso di compravendita di merci ed in ogni caso in cui la transazione, per usare la terminologia comunitaria, abbia ad oggetto dei beni materiali da consegnarsi in modo tradizionale.

Le piattaforme di *e-commerce,* dirette alla conclusione di contratti business-to- consumer (ossia tra imprese e consumatori), offrono servizi di intermediazione, attraverso i quali un venditore *online* può raggiungere il consumatore finale con la propria offerta[2].

Tra queste, vanno annoverate i comparatori di prezzi (*price comparison engines*) e i motori di ricerca per l'*e-commerce* (*comparison shopping engines*), come Google Shopping, Idealo, Kelkoo, Become, Shopzilla e Shopmania, nonché i siti di vendite tra privati (come Kijiji.it o Etsy.com) e quelli per le offerte promozionali e temporanee (tra cui, in particolare, Groupon.it).

I comparatori di prezzi e i motori di ricerca per l'*e-commerce* permettono al consumatore di confrontare prezzi, disponibilità e aziende che offrono un determinato prodotto. Dal punto di vista dei venditori (*retailer*), i motori di ricerca, consentono certamente di migliorare visibilità e conoscibilità del proprio marchio raggiungendo una più ampia platea di consumatori in cerca di uno specifico prodotto. Questi siti, pur consentendo la comparazione delle offerte *online* di uno stesso bene da parte di più venditori, sono privi della funzionalità di *e-commerce* e il consumatore viene re-indirizzato sui siti dei venditori, dove si conclude la transazione e avviene il pagamento.

Ancora, i siti di comparazione di prezzi in rete non offrono alcun servizio "accessorio" connesso alla vendita, né ai consumatori, né ai venditori e ricorrono a un modello "*cost-per-click*", che prevede il pagamento da parte del venditore di una commissione per ogni utente giunto al sito *e-commerce* tramite il comparatore (a prescindere dall'effettivo acquisto), oltre a una eventuale commissione di *listing*.

I siti di vendite "speciali", in alcuni casi, consentono solamente vendite tra privati, cioè gli scambi P2P, come il sito di annunci *Kijiji.it* del gruppo eBay, o il sito dedicato alla vendita di prodotti artigianali o oggetti *vintage*, Etsy.com[3].

[2] La piattaforma digitale consiste in un'infrastruttura informatica (hardware tipicamente associato ad uno o più software) che fornisce servizi e strumenti tecnologici, programmi e applicazioni, per la distribuzione, il management e la creazione di contenuti e servizi digitali gratuiti o a pagamento, anche attraverso l'integrazione di più media (*integrated digital platform*). P. Spagnoletti - A. Resca - G. Lee, *A design theory for digital platforms supporting online communities: a multiple case study*, in *Journal of Information Technology*, 2015, 30, 4, 364-380. Per un inquadramento generale sul tema, si vedano le riflessioni di A. Quarta, G. Smorto, *Diritto privato dei mercati digitali*, Firenze, 2020, p. 168 ss.

[3] In relazione alle piattaforme P2P, vanno anche annoverate le piattaforme di economia collaborativa. A proposito dei profili giuridici connaturati alla diffusione delle piattaforme digitali nell'economia collaborativa si veda A. Quarta, *Il ruolo delle piattaforme digitali nell'economia collaborativa*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2017, 554 ss., la quale osserva come tali piattaforme siano l'infrastruttura essenziale per il funzionamento della c.d. *sharing economy* laddove, mettendo in contatto due gruppi interdipendenti di soggetti - prestatori e utenti - creano un mercato aperto per l'uso temporaneo di beni e servizi prevalentemente forniti da privati. Secondo tale impostazione la piattaforma non si limita, però, a mettere

Questi siti, infatti, non costituiscono un possibile canale di vendita per i *retailer* professionali.

Esiste, poi, una categoria di siti, tra cui il più importante è *Groupon.it*, che pur offrendo la possibilità ai venditori terzi di offrire i propri prodotti sulla loro piattaforma, adottano un particolarissimo modello di *business*, basato su vendite "a tempo" e promozionali (di norma per campagne *monobrand*), che non consente, quindi, la vendita continua e sistematica di singoli prodotti.

I *marketplace*, ancora, si differenziano a seconda che il gestore della piattaforma sia attivo nella vendita diretta ai consumatori finali di prodotti acquistati da fornitori oltre ad ospitare le offerte di *retailer* terzi (in questo caso si parla di *marketplace misto* o *ibrido*), ovvero si "limiti" a gestire la piattaforma per l'offerta ai venditori terzi di servizi di intermediazione (*marketplace puro*). EBay adotta un modello puro, mentre Amazon, come anche *e-Price* e *Zalando*, sono piattaforme ibride, operando anche come *retailer* in concorrenza con i venditori terzi.

Nell'ambito dei marketplace ibridi varia, però, lo spazio di offerte dei retailer terzi: oltre il 50% delle offerte su *Amazon* è proposta per beni e servizi venduti da retailer terzi, su *Zalando* e su *E-price* le offerte dei *retailer* terzi sono sensibilmente inferiori rispetto alle offerte della piattaforma.

La particolarità delle nuove piattaforme ibride è che esse operano sia come arbitri, in qualità di intermediari digitali, facilitando il contatto fra venditori e consumatori, sia come giocatori (cioè *competitors* nella singola piattaforma *on-line*) ogni qualvolta la stessa impresa (titolare della piattaforma) agisce come rivenditore di beni e servizi in concorrenza con fornitori terzi.

Alla luce del duplice ruolo svolto da queste piattaforme si avverte il pericolo che i relativi gestori siano maggiormente interessati a promuovere i propri prodotti a svantaggio di quelli dei venditori terzi.

Ancora, in funzione del numero di categorie dei prodotti offerti, si distinguono i *marketplace* cd. "*verticali*" da quelli cd. "*orizzontali*" (o *full range*). I primi -come *ManoMano*, *Farfetch*, *ePrice* e, nei limiti descritti, *Zalando* - offrono beni appartenenti a una o poche categorie merceologiche specifiche (elettronica e informatica, arredamento e design, moda e abbigliamento), mentre i *marketplace* orizzontali, come Amazon (eBay, Cdiscount, Wish, Etsy, Aliexpress) offrono prodotti di ogni tipo, sebbene la distinzione non appaia sempre netta.

I marketplace orizzontali e quelli verticali sono caratterizzati da un diverso *target* di utenti e dall'offerta di servizi differenti. Infatti, va osservato che, mentre una piattaforma verticale soddisfa principalmente le esigenze di consumatori in cerca di un prodotto specifico e di un acquisto mirato, un *marketplace* orizzontale si rivolge ad un pubblico molto più ampio, interessato all'eterogeneità dei prodotti offerti e alle opportunità di risparmio. Tali differenze influenzano le scelte di venditori più selettivi, intenzionati a valorizzare la propria offerta su siti specializzati.

Per tali ragioni, la metà dei venditori che usano una piattaforma orizzontale lo fa in maniera esclusiva, mentre quasi nessun venditore offre i propri beni

in relazione le due parti in vista di un accordo, ma fornisce servizi essenziali per la nascita di tale accordo (pagamento, valutazione servizio, sistemi di comunicazione).

unicamente su un marketplace verticale (solo 0,2% su *ePrice* e *Zalando*, nessuno su *Yoox*).

La più importante piattaforma di *e-commerce* orizzontale ed ibrida è Amazon. Il modello di business adottato da Amazon è quello di un ecosistema completo, tanto per un venditore quanto per un consumatore. Ciò implica un rapporto con i venditori in cui Amazon riveste molteplici "ruoli": concorrente diretto sulla piattaforma (*Amazon retail*), gestore della stessa (*marketplace*) e, oltre a ciò, fornitore di servizi complementari (tra i principali, i servizi di logistica, pubblicità, pagamento, post-vendita, cloud).

2. Il successo dei marketplace.

In anni recenti, soprattutto a seguito della pandemia da Covid-19, si è assistito ad una crescita esponenziale dell'*e-commerce*; ma la crescita del commercio elettronico trova spiegazione anche nei numerosi vantaggi che derivano dalla modalità di ricerca e di acquisto dei prodotti e servizi diversa rispetto al canale tradizionale *offline*.

I principali fattori trainanti per un consumatore sono la possibilità di: *a*) acquistare ovunque si trovi e a qualsiasi ora; *b*) comparare molte offerte; *c*) concludere l'acquisto rapidamente; *e*) beneficiare delle recensioni di un numero elevato di consumatori.

Invece, i principali fattori trainanti per un venditore sono: *a*) l' elevata visibilità, in quanto i *marketplace* consentono ai retailer (soprattutto quelli medio-piccoli) di sopperire alla loro scarsa conoscenza da parte del consumatore e di aumentare il grado di penetrazione del mercato perché attraggono un elevato numero di consumatori grazie alla capacità di aggregare molteplici *brand* e un numero elevato di prodotti[4]; *b*) maggiori risparmi di spesa e gestione più agevole dell'attività *online*, sul punto va osservato che la scelta di vendere su uno (o più) marketplace rispetto all'utilizzo di un proprio sito web ha implicazioni anche in termini di tempi e costi necessari all'avvio e alla gestione dell'attività, di numero e ampiezza dei mercati raggiungibili, nonché di prospettive di redditività nel breve/medio periodo; *c*) elevata reputazione, la fiducia dei consumatori nei *marketplace* si traduce nella capacità di attrarre il consumatore, ma soprattutto di convincerlo ad acquistare e a tornare in seguito[5]; *d*) rafforzamenti della propria posizione competitiva, attraverso l'uso dei marketplace le imprese riescono a rafforzare la propria competitività sul mercato e ad aumentare il volume di vendite realizzate online.

Alla luce dei vantaggi elencati, per diversi *retailer* la presenza su una piattaforma determina un miglioramento della propria capacità di competere

[4] Va, peraltro, notato che i *marketplace* hanno persino un'elevata capacità di conquistare l'attenzione dei consumatori anche con l'investimento di ingenti risorse in: pubblicità mirata (*target advertising*), attraverso la "profilazione" del consumatore resa possibile dalla disponibilità di una mole significativa di dati e l'"acquisto" di parole chiave per ottenere la preminenza della propria offerta sui motori di ricerca. Sul punto, va chiarito che, nel 2019, Amazon ha sostenuto una spesa poco inferiore a 11 miliardi di dollari in "pubblicità", in forte aumento rispetto al 2018, mentre la spesa di eBay è stata pari a 1,4 miliardi di dollari.

[5] I marketplace mostrano un tasso di conversione (rapporto tra numero di visitatori e acquisti unici) più alto di quello dei siti *web* dei retailer.

e, soprattutto per le piccole imprese, l'utilizzo delle piattaforme digitali risulta uno strumento fondamentale per garantirsi un volume di vendite elevato.

Tutti i *marketplace*, in quanto intermediari digitali, permettono ai venditori terzi di usufruire di un servizio "di base", che include la possibilità di mettere in vendita i propri prodotti sulla piattaforma, raggiungendo un'ampia base di consumatori (*listing & matching*) e di concludere la transazione con questi ultimi sulla piattaforma stessa, senza reindirizzare il consumatore sul sito web del venditore (*selling*).

Questa caratteristica distingue i *marketplace* sia dai siti web proprietari sia dalle altre piattaforme di incontro tra consumatore e venditore, cd. "*non transaction*".

Di recente, diversi *marketplace* hanno sfruttato le nuove opportunità di crescita e miglioramento dell'economia digitale, nonché hanno migliorato le proprie capacità di raccogliere immense quantità di dati per conquistare rilevanti quote di mercato che, sino a pochi anni fa, sembravano inarrivabili.

La conquista di rilevanti quote di mercato è avvenuta con la realizzazione di un nuovo modello di *business* della *platform economy*: gli effetti di rete indiretti e la capacità di *data mining*.

La prima caratteristica, quella relativa agli effetti di rete, è strettamente legata alla conformazione di una piattaforma a due versanti, la quale si caratterizza per la capacità di incrementare, in modo proporzionale, la presenza dei clienti che utilizzano la piattaforma, nonché ovviamente l'adesione dei terzi venditori che ne fanno uso per la vendita dei propri prodotti.

In altri termini, il fenomeno degli effetti di rete (*network effects*) di una piattaforma consente che *la sua utilità per gli utenti/venditori aumenta al crescere del numero dei consumatori che la utilizzano*.

Un *marketplace* presenta principalmente effetti di rete indiretti (al crescere del numero di consumatori, aumenta la convenienza della piattaforma per i venditori e viceversa), ma anche diretti (un maggior numero di recensioni dei consumatori beneficia gli altri utenti, così come un maggior numero di venditori accresce l'interesse e l'utilizzo della piattaforma da parte dei consumatori e ne aumenta il valore per gli altri venditori)[6].

[6] Quando è presente un effetto di rete, il valore di un prodotto o servizio aumenta in base al numero di altri utenti. Gli effetti di rete si distinguono in effetti di rete diretti ed indiretti. Quelli diretti si hanno quando un aumento dell'utilizzo porta ad un aumento diretto del valore per gli altri utenti. Un'economia di rete diretta viene definita *same-side network effect*. Quelli indiretti, invece, si hanno quando l'aumento dell'utilizzo di un prodotto aumenta il valore di un prodotto o di una rete complementari, che a sua volta possono aumentare il valore dell'originale. Esempi di prodotti complementari includono ad esempio i software. Questo è anche chiamato *cross-side network effect*. La maggior parte dei mercati a due parti (o mercati mediati dalla piattaforma) sono caratterizzati da effetti di rete indiretti. Tali effetti rappresentano una barriera all'entrata per i *newcomers* nel mercato di riferimento: il benessere del consumatore non è legato esclusivamente a scelte personali, bensì al comportamento congiunto degli altri utenti. Sulle esternalità di rete M. Savioli, *Le esternalità di rete*, Siena 2005; sulle implicazioni legali degli effetti di rete, si veda M.A. Lemley-D. McGowan, *Legal Implications of Network Economic Effects*, in 86 Cal. L. Rev. 1998, p. 479, consultabile in SSRN: *https://ssrn.com/abstract=32212 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.32212*. Contributi più recenti sugli effetti di rete nei mercati digitali, C. S. Yoo, *Network Effects in Action, in The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy* 5, U of Penn, Inst. for Law & Econ. Research Paper No. 21-01, 2021, consultabile in SSRN: *https://ssrn.com/abstract=3733669 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3733669*; J.M. Yun, *Overview of Network Effects & Platforms in Digital Markets,* in *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy* 2, 2020, consultabile in SSRN: *https://ssrn.com/abstract=3733656 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3733656*. Sui *platform effects*, T. Nachbar, *Platform Effects, in Virginia Public*

Data la rilevanza di tali effetti di rete, il numero di consumatori e venditori diventa la variabile fondamentale per il successo di una piattaforma.

La variabilità in aumento o diminuzione deriva, da un lato, dai servizi accessori che i *marketplace* offrono ai venditori; dall'altro, per i consumatori, dalla velocità e semplicità di ricerca, nonché dall'affidabilità e sicurezza nella transazione.

Una seconda caratteristica dei nuovi *marketplace* è quella di avere una elevata capacità di elaborazione dei dati al fine di trasformarli in informazioni dall'elevato valore economico, vero e proprio fattore di produzione per i giganti dei mercati virtuali.

La capacità di *data mining* dipende però dall'uso di tecnologie estremamente sofisticate come i *data analystics*, algoritmi di analisi ed apprendimento automatico (c.d. *machine learning*) che, individuando tutte le possibili correlazioni fra le informazioni raccolte, procedono alla profilazione degli utenti fino a predirne le scelte e i futuri comportamenti.

Tali tecnologie, però, necessitano di essere aggiornate costantemente, posto il continuo e repentino mutamento dei gusti e delle preferenze dei consumatori. Sicché, l'aggiornamento e la maggiore precisione dei risultati processati da tali tecnologie comportano per le imprese della *digital economy* investimenti tecnici elevatissimi sia in termini di ricerca che di costi che solo i giganti del web come Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft (oggi identificati come GAFAM) sono in grado di sostenere.

Ne consegue che per una piccola e media impresa che intendesse entrare nel mercato delle vendite on-line con un proprio sito *e-commerce* sarebbe impossibile competere con il *marketplace* di Amazon che detiene una incontrastata ed ormai consolidata posizione di leadership nell'ambito del commercio elettronico mondiale.

In questo nuovo contesto di *net-economy*, è evidente come da un lato gli effetti di rete indiretti e dall'altro l'uso dei *Big data* diano alle società della *platform economy* un vantaggio competitivo di indubbio rilievo.

Per tali ragioni, come si avrà modo di notare meglio nel prosieguo, di recente è stato proposto il regolamento denominato "*Digital Markets Act*" (da ora, più brevemente DMA) diretto a regolare il potere economico dei *gatekeeper*[7]. In particolare, il DMA sarebbe una iniziativa legislativa volta a garantire un mercato unico competitivo per i servizi digitali e, in particolare, mercati delle piattaforme equi e contendibili.

La Commissione europea ha concepito tale nuova disciplina in considerazione del fatto che alcune piattaforme *online* si sono affermate come elementi strutturali fondamentali dell'economia digitale, fungendo da intermediari per la maggior parte delle transazioni tra consumatori e imprese.

Law and Legal Theory Research Paper No. 2021-10, 2021, consultabile in SSRN: *https://ssrn.com/abstract=3775205 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3775205*.

[7] Termine che viene utilizzato per indicare le entità, si tratta in particolare dei grandi fornitori di servizi internet come Microsoft, Apple, Google, Yahoo, Facebook, Amazon (le c.d. Internet Company), che decidono cosa possa e cosa non possa passare attraverso un cancello, una porta. La funzione di controllo dell'informazione che transita attraverso il *gate* si realizza attraverso processi e meccanismi che consistono nel selezionare, incanalare, ridefinire, manipolare e cancellare l'informazione stessa, tanto da minare il carattere di neutralità della rete definita dall'art. 4 della Dichiarazione dei diritti in Internet, adottata il 18 luglio 2015, come la condizione necessaria per l'effettività dei diritti fondamentali della persona.

L'importanza di tali piattaforme ha assunto dimensioni tali da consentire loro di fungere da *gatekeeper*, cioè operatori che hanno un impatto significativo sul mercato interno e detengono, attualmente o in un futuro prossimo, una posizione consolidata e duratura nelle loro operazioni[8].

3. Le condizioni generali di contratto praticate dai principali marketplace.

Le piattaforme, soprattutto quelle ibride, possono essere definite come piattaforme ecosistema in cui operano sia come operatori sia come *marketplace*.

Le piattaforme ecosistema sono capaci di operare su più versanti del mercato e cioè rapportarsi, allo stesso tempo, con produttori, distributori e utenti; ancora tali piattaforme sono in grado di dirigere le scelte degli utenti attraverso meccanismi di profilazione e predizione determinando la loro fidelizzazione.

Proprio per le suddette capacità, le piattaforme ecosistema riescono a mantenere una posizione di forza nel mercato che rappresenta a sua volta anche il motore dell'aggregazione e contestualmente rende più difficile per altri operatori resistere alla forza attrattiva della piattaforma.

La costruzione di una piattaforma ecosistema ha genesi nel contratto. La creazione di rapporti di connessioni stabili avviene attraverso la conclusione di contratti standardizzati che generano una sostanziale dipendenza di soggetti potenzialmente concorrenti che entrano a far parte dei marketplace[9].

Un esempio di costruzione contrattuale di un *marketplace* ecosistema è proprio Amazon. Attraverso lo strumento contrattuale, la piattaforma Amazon

---

[8] Sui *new gatekeepers*, cfr. R. Van Loo, *The New Gatekeepers: Private Firms as Public Enforcers*, in *Virginia Law Review*, Vol. 106, p. 467 ss.; G. Colangelo, *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2016, p. 425 ss., p. 439 ss.; M. W. Monterossi, *La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali*, in *Contratto e Impr.*, 2021, 3, 920; A. Palmieri, *Profili giuridici delle piattaforme digitali. La tutela degli utenti commerciali e dei titolari di siti web aziendali*, Torino, 2019.

[9] Sulle condizioni generali: C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli 1977; E. del Prato, *I regolamenti privati*, Milano 1988; G. Alpa, voce *Contratti di massa profili generali*, in *Enc. dir.*, Milano 1997, vol. I, p. 403; Id., *L'incidenza della nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori sul diritto comune*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1997, p. 237 ss.; A. Azzaro, *I contratti non negoziati*, Napoli 2000; E. Cesàro, *Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza*, Padova 1997; Id., *Condizioni generali di contratto ed elencazione delle clausole vessatorie*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1991, p. 55 ss.; E. Capobianco, *La determinazione del regolamento*, in *Tratt. Roppo*, II, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano 2006; A. Cataudella, *Condizioni generali e procedimento di formazione del contratto*, in *Scritti giuridici*, Padova 1991; G. Chiné, voce *Contratti di massa* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, vol. I, Agg., Milano 1997; M. Costanza, *Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori*, in *Giust. civ.*, 1994, II, p. 543; A. Genovese, *Le Condizioni generali di contratto*, in *R. d. comm.*, 1955, p. 408 ss.; M. Maggiolo, *Il contratto predisposto*, Padova 1996; U. Morello, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Dig. civ.*, III, Torino 1988; M. Nuzzo, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Diz. dir. priv.*,a cura di N. Irti, I, Milano 1980; S. Orlando, *The use of unfair contractual terms as un unfair commercial practice*, in *European Review of Contract Law*, 2011, p. 25 ss.; Id., *La formazione dei patti vessatori nella novella sui contratti dei consumatori*, in questa *Rivista*, 1997, p. 730 ss.; G. Patti-S. Patti, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Comm. Schlesinger*, *sub* artt. 1337-1342, Milano 1993; S. Patti, *Le condizioni generali di contratto*, Padova 1996; Id., *Clausole vessatorie, clausole d'uso e necessità dell'approvazione specifica*, in *Nuova g. civ. comm.*, 1995, 1; R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, *sub* artt. 1321-1352, Bologna-Roma 1970; C. Scognamiglio, *Condizioni generali di contratto nei rapporti tra imprenditori e la tutela del "contraente debole"*, in *R. d. comm.*, 1987, II, p. 425; G. Tatarano, *Clausole vessatorie e atto notarile. Osservazioni sul ruolo del notaio nella contrattazione standardizzata*, in *Studi in onore di Capozzi*, I, 2, Milano 1992; Venosta, *Condizioni generali vessatorie, forma della ratifica e nullità parziale del contratto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, p. 646 ss.

ha creato un nuovo sistema di logistica fondamentale per la consegna rapida dei prodotti venduti sul *marketplace*.

Per comprendere, dunque, i particolari servizi offerti da Amazon, occorre comparare le condizioni di contratto offerti dei concorrenti di Amazon con le condizioni di contratto adoperate dai concorrenti.

I marketplace potenzialmente in grado di esercitare un vincolo competitivo nei confronti di *Amazon* sono quelli con dominio o sottodominio italiano. Pertanto, considerando anche i marketplace verticali, i principali concorrenti di Amazon.it risultano essere: *eBay* (titolare del dominio italiano www.ebay.it), *Zalando* (www.zalando.it), *ePrice* (www.eprice.it), *ManoMano* (www.manomano.it), *Aliexpress* (con il sottodominio italiano del sito it.aliexpress.com), *Wish* (www.wish.com) e *Bonanza* (www.bonanza.com).

Ebbene, stando alla stretta relazione che sussiste tra contratto, impresa e mercato, proprio le condizioni generali di contratto che regolano tali operatori e gli utenti commerciali debbono essere considerate ai fini della valutazione della posizione dominante di Amazon.

Per quanto riguarda Ebay, esso è un *marketplace* puro (non svolge attività di vendita diretta di prodotti propri, ma offre unicamente servizi di intermediazione a venditori terzi) e un sito di aste, appartenente al gruppo eBay Inc., attivo in Italia dal 2001 e gestito dalla società eBay GmbH.

Il rapporto commerciale tra eBay e i venditori terzi è regolato dallo *User Agreement*, che prevede due commissioni: una tariffa d'inserzione, più una commissione sul prezzo di vendita del prodotto al momento della conclusione della transazione.

Inoltre, a fronte del pagamento di un'iscrizione mensile, il venditore può aprire un Negozio eBay, che in base al piano scelto (*Base*, *Premium* e *Premium Plus*) dà diritto ad usufruire di un numero di inserzioni pubblicitarie gratuite e a ricevere dati ed analisi personalizzate sulla propria attività di vendita sulla piattaforma. Ebay non offre direttamente un proprio servizio di logistica ai venditori terzi attivi sul proprio marketplace, ma collabora con diversi spedizionieri (tra cui, DHL, Nexive, TNT, Poste Italiane, Bartolini, UPS) per facilitare l'utilizzo dei loro servizi di spedizione e consegna da parte dei *retailer* su eBay.it. Gli spedizionieri hanno, tuttavia, un rapporto diretto con i singoli venditori e non con la piattaforma gestita da *eBay*.

Zalando è, invece, una società creata nel 2008, con sede a Berlino, specializzata nella vendita *online* di scarpe, vestiti e altri accessori. Ad oggi, Zalando è attivo in 17 Stati europei. Zalando.it è gestito sulla base di un modello "ibrido", in quanto la Società è attiva contemporaneamente nella vendita diretta e nella fornitura di servizi di intermediazione.

L'attività di marketplace è regolata dal *Partner Program*, che non prevede il pagamento di un'iscrizione. Per ogni vendita effettuata sul marketplace, i *retailer* pagano una commissione, negoziata individualmente e, in generale, definita in funzione della categoria merceologica e del prezzo.

Come Amazon, Zalando fornisce ai retailer terzi anche servizi accessori, come quelli di *advertising*, di pagamento e di assistenza *post-sale*.

Tra questi, vi è il servizio di logistica - definito *Zalando Fulfillment Solutions* (ZFS) - che si compone di stoccaggio e gestione dei prodotti dei venditori nei

magazzini della Società e di evasione e consegna degli ordini ricevuti sul *marketplace* di Zalando. Ad oggi, tutti i magazzini sono situati in Germania.

Per quanto riguarda EPrice, questa è una società italiana attiva dal 2015, specializzata nella vendita di prodotti *high-tech*, elettronica ed elettrodomestici. ePrice.it è un marketplace ibrido: la Società offre servizi di marketplace e svolge attività di vendita diretta ai consumatori.

Ad oggi, ePrice.it è attivo unicamente in Italia e accetta solo venditori situati in Italia o nell'Unione europea. I prodotti possono essere consegnati solo sul territorio italiano.

Per vendere su ePrice.it i venditori devono sottoscrivere il contratto di adesione al marketplace, aprire un conto di pagamento con un *Payment Service Provider* e pagare due commissioni: il canone fisso mensile e la commissione di vendita calcolata in percentuale del prezzo finale del prodotto e alla categoria merceologia di appartenenza.

EPrice offre un servizio di *advertising* in modalità *Pay-per-Click* in cui i retailer possono "comprare" visibilità aggiuntiva nella prima pagina derivanti da parole chiave scelte da loro, mentre non offre servizi di assistenza di post-vendita. ePrice non offre servizi di logistica completi ai propri retailer, ma offre un servizio per la consegna dei prodotti presso la propria rete di punti di ritiro (i "Pick&Pay", attualmente 130 distribuiti in 109 città).

Wish è, invece, il nome commerciale della piattaforma di e-commerce di proprietà di Contextlogic Inc. Del medesimo gruppo fanno parte anche altri marketplace minori tra cui Geek, Cute, Mama e Home.

Sul dominio in lingua italiana, oltre a fornire servizi di intermediazione, Wish opera, come Amazon, anche come *retailer* diretto (*marketplace* ibrido) di prodotti appartenenti a varie categorie merceologiche (*marketplace* orizzontale).

I retailer sottoscrivono il *Wish Merchant Terms of Services* e corrispondono una commissione pari al 10-20% del prezzo di vendita del prodotto (in alcuni casi la commissione è negoziata individualmente). Non sono previste spese iniziali per l'apertura dell'*account*.

Anche Wish ha le stesse ambizioni di Amazon, infatti la piattaforma ha avviato recentemente un programma di logistica - il *Fulfilled By Wish* - grazie al quale i retailer possono depositare i loro prodotti nei magazzini gestiti dalla Società, che amministra la spedizione e la consegna degli ordini ricevuti dai venditori su Wish.com. *Fulfilled By Wish* è un servizio in fase iniziale, di dimensioni visibilmente contenute.

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

L'obiettivo del fondatore Jeff Bezos era certamente quello di guadagnare la "*market leadership*" nell'intero mercato digitale e, di conseguenza, accrescere il proprio dominio economico. Un traguardo che oggi può senz'altro dirsi raggiunto visto che Amazon ha esteso le sue iniziative imprenditoriali in ogni settore, arrivando sino ad Hollywood dove opera in veste di produttore di serie

televisive e di film facendo concorrenza alle più note piattaforme streaming ed ai giganti del settore cinematografico e televisivo americano.

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

Per quanto riguarda le condizioni generali di contratto anche queste sono unilateralmente definite da Amazon e racchiuse in un testo intitolato le *Business Solutions*.

Una volta configurato l'*account*, i venditori gestiscono il catalogo del proprio "negozio virtuale" in modo indipendente, caricando gli articoli attraverso un'applicazione *on-line* e fornendo la descrizione del prodotto, l'immagine e il prezzo.

Il venditore può scegliere tra: *a)* un *account base* per il quale non è previsto un costo fisso ma il pagamento di una commissione per ogni transazione conclusa; *b)* oppure un *account pro* che prevede un abbonamento mensile.

A questi costi, mensili od occasionali, si aggiunge una commissione per ciascun articolo venduto determinata in misura percentuale sul prezzo del prodotto.

Amazon offre, inoltre, ai venditori una serie di servizi aggiuntivi a pagamento tra i quali vi è quello chiamato *Fulfillment by Amazon* (da ora, FBA) che consiste nella gestione completa degli ordini. Amazon si occupa dello stoccaggio dei prodotti, che i venditori devono far pervenire nei diversi centri logistici che detiene in Europa e nel mondo, della gestione del magazzino, dell'imballaggio, della spedizione, della gestione dei resi e dei rimborsi.

In relazione alla adesione dei venditori al programma *Fulfillment by Amazon*, l'AGCM (che, con provvedimento del 10 aprile 2019, ha avviato un' istruttoria per verificare l'eventuale abuso di posizione dominante, illecito poi accertato in data 30 novembre 2021 con provvedimento di chiusura istruttoria A528[10]) ha preso in considerazione l'eventualità che Amazon possa favorire l'acquisto di determinati prodotti, condizionando la scelta degli utenti e ostacolando il corretto funzionamento del mercato[11].

[10] Vd. https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A528_chiusura%20istruttoria.pdf

[11] Come rileva l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (http://www.agcm.it/concorrenza-competenza/abuso-di-posizione dominante.html), "un'impresa detiene una posizione dominante quando può comportarsi in modo significativamente indipendente dai concorrenti, dai fornitori e dai consumatori. Ciò avviene, in genere, quando detiene quote elevate in un determinato mercato. Il fatto che un'impresa raggiunga grandi dimensioni non distorce di per sé il mercato: talvolta, per operare in modo efficiente, è infatti necessario essere attivi su larga scala o in più mercati. Inoltre, un'impresa può crescere proprio grazie al suo comportamento 'virtuoso', offrendo prodotti che meglio di altri, per il prezzo e/o per la qualità, soddisfano le esigenze dei consumatori. La legge non vieta quindi la posizione dominante in quanto tale, ma il suo abuso (articolo 3 della legge n. 287/90) che si concretizza quando l'impresa sfrutta il proprio potere a danno dei consumatori ovvero impedisce ai concorrenti di operare sul mercato, causando, conseguentemente, un danno ai consumatori. Analogamente a quanto avviene per le intese, quando l'abuso determina un pregiudizio per il commercio tra più Stati membri dell'UE, l'Autorità applica la normativa comunitaria (articolo 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea). La capacità dell'impresa di imporre determinate condizioni in uno specifico rapporto contrattuale non determina, di per sé, una posizione dominante. Tuttavia, lo sfruttamento di questo potere negoziale può comportare, quando ne ricorrano le condizioni, un abuso di dipendenza economica. Ferma restando l'applicazione dell'articolo 3 della legge 287/90 in materia di abuso della posizione dominante, l'Autorità può intervenire qualora ravvisi

L' istruttoria dell'AGCM ha chiarito che Amazon ha indotto gli utenti ad acquistare i prodotti messi in vendita da venditori che aderiscono al servizio *Fulfillment by Amazon* e dai quali essa riceve, oltre alle commissioni sulle vendite, anche il corrispettivo per la gestione degli ordini.

A ciò si aggiunge che, all'esito delle ricerche di prodotti effettuate dagli utenti sulla piattaforma *Amazon*, la posizione dei prodotti nella pagina e l'ordine con il quale sono proposti al cliente, infatti, non è indifferente ed è in grado di condizionarne la scelta. La classifica dei prodotti ricercati avviene attraverso un algoritmo che elabora un insieme di informazioni aventi ad oggetto il prodotto e il venditore, tra le quali anche le recensioni dei clienti relative, ad esempio, alla qualità del prodotto, alla consegna, al servizio reso.

Dall' istruttoria dell'Antitrust emerge che i *feedback* negativi che sono presi in considerazione ai fini dell'elaborazione dei dati sembrerebbero essere solo quelli relativi ai prodotti spediti direttamente dal venditore e non anche i prodotti spediti da Amazon. Del resto, la stessa piattaforma sollecita i venditori ad aderire ai servizi di logistica sottolineandone i vantaggi, consistenti nella possibilità di eliminare i *feedback* negativi, migliorare le proprie prestazioni e servizi, nonché l'indicizzazione dei propri prodotti.

Sta di fatto che Amazon, grazie alla colossale rete di distribuzione che possiede, è in grado di gestire gli ordini e le spedizioni in modo più efficiente e veloce rispetto al singolo venditore. Pertanto, i venditori che affidano ad Amazon la gestione degli ordini ottengono più facilmente *feedback* positivi che migliorano la qualità dei loro servizi. Inoltre, la visibilità e il posizionamento sulla pagina web dei prodotti spediti da Amazon sono migliori di quelli degli altri venditori che non usufruiscono del servizio.

La visualizzazione della dicitura "spedito da Amazon", inoltre, potrebbe ingenerare una maggiore affidabilità nell'utente, che è consapevole della maggiore efficienza ed affidabilità del servizio rispetto a quello offerto direttamente dal venditore.

Infine, non è da sottovalutare che solo i prodotti che usufruiscono del servizio *Fulfillment by Amazon* rientrano tra quelli offerti a particolari condizioni, definite in un programma denominato Prime, che consente agli utenti di beneficiare di vantaggi su spese, tempi di spedizione e di recente di usufruire anche di un servizio video on demand. La pagina web di Amazon, peraltro, consente di filtrare i risultati, chiedendo che vengano mostrati solo i prodotti Prime, tra i quali, ovviamente, non possono rientrare i prodotti offerti da venditori che scelgono di gestire direttamente la spedizione all'acquirente.

In ragione dell' ecosistema creato dalla piattaforma, l'Antitrust ha avviato una istruttoria al fine di accertare se la piattaforma abbia, in concreto, sfruttato una posizione dominante nel mercato imponendo ai venditori le proprie condizioni e abusando dei piccoli e medi venditori che si trovavano nell' impossibilità di scegliere liberamente le modalità di distribuzione dei propri prodotti, posto che Amazon ben può favorire la vendita di un prodotto

---

un abuso di dipendenza economica che abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato (Art. 11, legge 5 marzo 2001, n. 57). Si ha abuso di dipendenza economica quando un'impresa è in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità, per la parte che abbia subìto l'abuso, di reperire sul mercato alternative soddisfacenti (Art. 9, legge 18 giugno 1998, n. 192)".

piuttosto che di un altro sulla base di valutazioni legate alla propria convenienza.

4. I vantaggi per i venditori FBA di Amazon.

Come si è anticipato, Amazon ha definito un insieme di funzionalità che consentono ai venditori terzi di ottenere maggiore visibilità della loro offerta e un miglioramento delle loro *performance* di vendita su Amazon.it e ha condizionato l'accesso a tali funzionalità alla sottoscrizione dell'accordo di *Fullfilment By Amazon* (FBA), il servizio di logistica integrata offerto da Amazon stessa.

Tale servizio attribuisce un "pacchetto" di vantaggi esclusivi e irreplicabili ai soli venditori terzi che aderiscono al FBA. Si tratterebbe di vantaggi inaccessibili, né altrimenti conseguibili dai venditori terzi che gestiscono gli ordini ricevuti su *Amazon.it* in proprio o avvalendosi di un operatore di logistica terzo.

A parità di altre condizioni, pertanto, un venditore terzo che decida di operare sulla piattaforma Amazon senza utilizzare il servizio di logistica offerto da quest'ultima non è ammesso ai vantaggi garantiti ai *retailer* FBA, suoi concorrenti su Amazon.it, e ciò indipendentemente da serie e veritiere valutazioni circa l'efficienza del servizio di logistica concorrente al servizio di *FBA* scelto dal venditore.

In particolare, il programma permette diversi vantaggi.

In primo luogo, Amazon non applica agli ordini gestiti con FBA l'insieme di metriche elaborato dalla Società per misurare le performance dei retailer terzi su Amazon.it.

In particolare Amazon, per il venditore attivo sulla propria piattaforma, applica delle metriche di *performance* che, nel caso in cui siano del tutto negative, potrebbero condurre alla sospensione dell'*account* del venditore sulla piattaforma.

Proprio in relazione all'applicazione delle metriche ai venditori non FBA, Amazon induce questi ultimi ad aderire al programma del *Fulfillment by Amazon*. In particolare, Amazon monitora l'attività dei venditori non FBA, sulla base di un insieme di metriche elaborato dalla piattaforma: 1) la percentuale di ordini difettosi, 2) la percentuale di cancellazioni effettuate dal venditore precedentemente alla consegna e 3) la percentuale di spedizioni in ritardo.

In ogni momento della loro attività sul *marketplace*, i retailer devono mostrare valori inferiori a una soglia critica stabilita da Amazon per ognuna delle metriche elencate. In caso di mancato rispetto da parte di un venditore di una delle metriche, Amazon invia un avvertimento. Se il disallineamento prosegue, Amazon sospende i diritti di vendita (definiti "privilegi di vendita") del *retailer* fino a quando quest'ultimo non abbia elaborato e posto in essere un "piano di azione" (POA) per rimediare alle cause del difetto di performance che costringerebbe il *retailer* ad aderire al piano del *Fullfillment by Amazon*.

Per i retailer che aderiscono al programma FBA, si ha una disapplicazione delle metriche, il che comporta che, a differenza di tutti gli altri retailer presenti su Amazon.it, il livello delle prestazioni dei retailer FBA non è oggetto di

valutazione e controllo da parte del gestore della piattaforma, il quale assume la responsabilità totale per gli ordini FBA nei confronti del consumatore finale.

In secondo luogo, Amazon consente ai soli *retailer* clienti del proprio servizio di logistica di fregiarsi dell'etichetta *Prime*. Non esiste ad oggi alcun programma, alternativo a FBA per ampiezza e caratteristiche, che permetta ai *retailer* di includere i propri prodotti in Prime e raggiungere milioni di abbonati al programma, fidelizzati, anche attraverso ulteriori servizi di video *on demand*, nonché frequentatori della piattaforma.

L'ammissione dei propri prodotti a Prime permette ai retailer FBA di partecipare agli eventi speciali (gli *special deals*) organizzati da Amazon durante l'anno (*Prime Day, Black Friday/Cyber Monday, Back to School*), associati ad un numero di visite e di acquisti sul marketplace Amazon.it ben superiori a quelli registrati in qualsiasi altro periodo dell'anno.

Ancora, in ragione dell'algoritmo utilizzato per la selezione dell'Offerta in vetrina (c.d. algoritmo FMA), la non applicazione delle metriche di valutazione e l'ottenimento del *badge Prime* aumentano significativamente la probabilità che l'offerta di un retailer FBA si aggiudichi la *BuyBox*, ossia una finestra evidenziata posta in alto a destra del sito della piattaforma che costituisce la modalità di acquisto privilegiata dalla maggior parte dei consumatori.

L'assegnazione della BuyBox avviene in base ad un punteggio assegnato alle diverse offerte attraverso il funzionamento dell'algoritmo che opera in due fasi: una di "pre-qualifica" e una di *ranking*. Nella fase di "pre-qualifica", l'algoritmo FMA esclude direttamente un'offerta non-FBA.

In questi termini, la decisione del *retailer* di affidare la logistica ad Amazon influenza l'esito di entrambe le fasi, garantendogli una maggiore probabilità di aggiudicarsi la *BuyBox* rispetto ad un venditore che gestisca diversamente l'evasione degli ordini ricevuti su Amazon.it.

In sintesi, il programma FBA è in grado di rimuovere ogni preoccupazione dei *retailer* in relazione alla misurazione puntuale della loro attività da parte del gestore del *marketplace* e costituisce la chiave d'accesso privilegiata (l'unica a disposizione dei venditori terzi per lungo tempo) ai consumatori *Prime*, ovverosia il segmento *premium* della domanda, i consumatori di Amazon più attivi e caratterizzati da un'elevata propensione alla spesa.

Pertanto, la strategia elaborata dalla Società lega a doppio filo il successo di un *retailer* su Amazon.it all'adozione di FBA, che diviene per i *retailer* terzi su Amazon.it l'indispensabile volano per l'aumento della loro performance di vendita.

In questi termini, sono i retailer ad aver riconosciuto la primaria importanza dei benefici garantiti da FBA per il successo delle vendite di un prodotto su Amazon.it. Il programma FBA, al quale hanno aderito i venditori più attivi sulla piattaforma, permette, in definitiva, di ottenere la maggiore visibilità sul marketplace; la maggiore facilità di rispettare le metriche di valutazione; l'aumento della probabilità di aggiudicarsi la *BuyBox*; la possibilità di aderire alle iniziative promozionali.

L'Antitrust ha confermato che per il 42% degli attuali utilizzatori di FBA tali benefici sono dirimenti nella scelta del fornitore del servizio di logistica: se privati di tali vantaggi, essi cesserebbero di utilizzare il servizio di logistica di Amazon (pag. 187 provvedimento di chiusura istruttoria A528).

D'altra parte, la necessità del retailer di essere presente sulla piattaforma Amazon.it è comprovata dall'elevatissimo numero di venditori attivi vantati da Amazon rispetto alla concorrenza, da cui discende un potere negoziale fortissimo del gestore della piattaforma e l'incentivo del venditore terzo ad aderire alle proposte che garantiscano un'effettiva visibilità ai propri prodotti all'interno dell'amplissima offerta presente sulla piattaforma.

5. Il modello FBA e le restrizioni nel mercato dell'e-commerce e nel mercato della logistica.

Le descritte condotte di Amazon si sono dimostrate idonee a restringere la libertà di scelta dei *retailer* in merito all'operatore di logistica più confacente alle proprie esigenze di *business* e a produrre effetti anticoncorrenziali ai danni dei *competitor* di Amazon tanto nel mercato dei servizi di logistica per *e-commerce*, quanto in quello dei servizi di intermediazione su *marketplace*.

In primo luogo, associando l'ottenimento di benefici esclusivi sul marketplace Amazon.it all'adozione di FBA, Amazon ha sottratto domanda di servizi di logistica per *e-commerce* agli operatori concorrenti.

Il servizio integrato di logistica offerto dal programma FBA è idoneo a danneggiare sia le imprese che offrono un analogo servizio di *fulfilment* completo e sia i corrieri che si occupano della sola fase di consegna.

In secondo luogo, per effetto dei costi del servizio FBA e per effetto di una più efficiente gestione del magazzino, la pressione abusiva all'adozione del servizio di logistica di Amazon si è mostrata idonea a scoraggiare ogni possibilità per i venditori di offrire i proprio prodotti su diversi *marketplace* (vendita *multi-homing*), con evidente pregiudizio per i gestori di piattaforme concorrenti.

Tale effetto, visibile nell'aumento della percentuale di *single-homing* tra i venditori-FBA, sembra riflettersi nel drastico peggioramento della posizione concorrenziale del secondo operatore del mercato dei servizi di intermediazione su marketplace, *eBay*.

Infine, l'attribuzione dei vantaggi esclusivi in termini di maggiore visibilità sul marketplace alle sole offerte gestite con FBA non è legata alle prestazioni di vendita dei retailer o giustificata da obiettivi di efficienza - altrimenti non raggiungibili - nella gestione della piattaforma, né dettata da intrinseche caratteristiche di FBA.

L'invocata superiorità di FBA rispetto ai servizi concorrenti di logistica è assunta da Amazon come elemento di fatto non discutibile, tale da giustificare il riconoscimento di un trattamento preferenziale ai venditori che adottino il suo servizio di logistica.

In questo contesto, le condotte descritte possono essere ricondotte a un'unica, complessa e articolata strategia escludente, attuata dal gruppo Amazon in violazione dell'art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

Ebbene, in ragione della posizione dominante detenuta da Amazon sul mercato dei servizi di intermediazione su marketplace, la condotta contestata all'impresa Amazon è idonea a *falsare ed alterare la concorrenza in modo illecito*.

Infatti, sebbene l'esistenza di una posizione dominante non sia di per sé incompatibile con le norme a tutela della concorrenza, ciò che sarebbe sanzionato è la condotta dell' impresa diretta a rafforzare oppure estendere la sua posizione dominante e di abusarne.

Sotto questo aspetto, sull'impresa in posizione dominante grava, infatti, la speciale responsabilità di evitare che il suo comportamento ostacoli lo svolgimento di una concorrenza effettiva nel mercato.

Secondo una costante giurisprudenza «*la nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva, che riguarda i comportamenti dell'impresa in posizione dominante atti ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera l'impresa considerata, il grado di concorrenza è già sminuito, e che hanno l'effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti e servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza*»[12].

L'art. 102 TFUE proibisce le condotte dell'impresa in posizione dominante nel mercato rilevante idonee non solo a rafforzare il suo potere in tale mercato, ma anche a estendere tale posizione su un altro mercato rilevante - distinto, benché collegato al primo - restringendo in tal modo la concorrenza su tale mercato.

Peraltro, le condotte previste all'articolo 102 TFUE rappresentano una lista esemplificativa - non esaustiva - di fattispecie abusive in violazione delle norme a tutela della concorrenza[13].

6. Atipicità delle condotte abusive.

La qualificazione di una condotta come abusiva non dipende dalla riconducibilità della stessa all'elenco delle condotte abusive riportato nell'art. 102 TFUE.

L'art. 102 TFUE non contiene un elenco esaustivo dei possibili abusi ed, in virtù di tale flessibilità, riesce ad abbracciare anche eventuali e nuove condotte illecite che presentino, nel caso concreto, determinati caratteri sostanziali ed oggettivi per qualificare come abusiva una data condotta. Ebbene, nel caso di Amazon, il comportamento abusivo contestato consiste nell'aver abbinato, per i venditori FBA, non solo un insieme di funzionalità indispensabili per il successo della propria offerta su Amazon.it, ma anche il servizio di logistica offerto dalla piattaforma.

In tal modo, sul proprio *marketplace*, Amazon ha artificiosamente unito due servizi distinti: la presenza sulla piattaforma a condizioni remunerative (possibilità di non essere soggetto alla valutazione delle proprie *performance*, di offrire prodotti con l'etichetta *Prime*, di vendere durante gli eventi speciali e di avere alte chance di vincere la *BuyBox*) e il servizio FBA per l'evasione degli ordini - al fine di creare un incentivo illecito all'acquisto di FBA, in assenza di

[12] Corte di Giustizia dell'Unione europea n. C-457/10 P del 6 dicembre 2012, nel caso AstraZeneca AB e AstraZeneca plc c. Commissione, racc. digitale, §134 e n. C-413/14 P del 6 settembre 2017, nel caso Intel Corporation Inc. c. Commissione, §135

[13] Si vedano, *ex multis*, casi C-280/08 P Deutsche Telekom v Commission, EU:C:2010:603, §173 e C-52/09

modalità alternative di accesso ai medesimi vantaggi, che prescindano dall'uso di FBA.

Come si è già notato, l'induzione alla sottoscrizione del proprio servizio di logistica deriva dall'aver reso il programma di FBA l'unica via a disposizione dei retailer per ottenere vantaggi indispensabili per il successo su *Amazon.it*, facendo leva sul presupposto di una posizione dominante incontrastata nel mercato dei servizi di intermediazione che rende il *marketplace* di Amazon una vetrina e un canale di vendita indispensabile e insostituibile per i retailer *online* al fine di raggiungere la maggior parte dei consumatori italiani.

Amazon è riuscita a sfruttare la posizione di dominanza detenuta tra i *marketplace* per aumentare la domanda del proprio servizio di logistica da parte dei venditori terzi a discapito dei servizi concorrenti.

Il *Fulfillment by Amazon* è infatti l'unico servizio di logistica in grado di soddisfare gli *standard* richiesti dalla Società per rispondere alle esigenze dei consumatori *Prime* e, quindi, l'unico a poter garantire alle offerte dei venditori terzi su Amazon.it l'accesso al pacchetto dei benefici indispensabili per il successo.

In altri termini, Amazon gestisce il proprio marketplace senza prevedere un sistema di valutazione dei servizi di logistica forniti dagli operatori concorrenti basato su *standard* chiari, definiti *ex ante* e non discriminatori, che consenta loro di offrire ai venditori terzi l'accesso ai medesimi vantaggi garantito da FBA. Così facendo la strategia della Società è idonea a falsare il confronto concorrenziale tra il proprio servizio di logistica e quello offerto dagli operatori concorrenti, nella prospettiva dei venditori terzi.

Nel mercato, come accertato dall'AGCM, esistono ed operano vettori in grado di rispettare gli standard fissati dalla Società con riferimento al programma Prime.

Peraltro, la mancata partecipazione al servizio di logistica Amazon da parte di alcuni vettori trova le proprie ragioni non nella loro "inefficienza" o nell'incapacità di garantire un servizio di livello paragonabile a quello prestato da Amazon attraverso la propria rete distributiva, ma in una vera e propria resistenza dei vettori concorrenti ad accettare termini e condizioni economiche del servizio offerto ai venditori definite da Amazon.

In conclusione, in mancanza di una giustificazione oggettiva valida, la differenza di trattamento tra il servizio di logistica fornito dall'impresa in posizione dominante e servizi concorrenti che potrebbero essere parimenti efficienti costituisce una pratica estranea alla concorrenza basata sui meriti e configura, pertanto, una violazione dell'art. 102 TFUE.

7. Il *self-preferencing* posto in essere da Amazon (e il precedente caso di *Google Shopping*).

Si è notato che Amazon ha posto in essere condotte di trattamento preferenziale sia per la funzionalità del sistema di *ranking*, ossia di classificazione dei risultati nelle ricerche di prodotti, diretto a discriminare gli utenti *business* della piattaforma, sia per la scelta di determinati servizi di logistica affidati a determinati vettori con esclusione di altri spedizionieri.

È stato anche notato che per i venditori, che operano sulla piattaforma Amazon, è essenziale guadagnare una buona posizione nei primi risultati di ricerca in quanto, non solo produce maggiore impatto visivo per i consumatori, ma induce gli utenti *retail* a scegliere i prodotti che appaiono tra i primi classificati. L'utente medio, infatti, anziché scorrere fra i risultati per trovare il prodotto desiderato, preferisce di gran lunga vederlo visualizzato in prima pagina, con recensioni positive sia sul prodotto che sul servizio di spedizione e reso, in modo da acquistare bene e nel minor tempo possibile.

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

Si segnala che lo stesso provvedimento dell'Antitrust riporta che l'80% degli acquisti sul marketplace avviene passando per la Buy Box. Si comprende bene perché il posizionamento all'interno di tale riquadro sia così ambito.

Ebbene, è indubbio che l'essersi affidati alla logistica Amazon piuttosto che ai servizi esterni offerti da terzi, accresca la visibilità dell'offerta, collocandola fra le migliori posizioni nella ricerca.

Si consideri che l'Autorità garante nulla avrebbe avuto da censurare se tale vantaggio fosse stato raggiunto grazie all'efficienza ed alla qualità del servizio offerto dal venditore. Dall'istruttoria, invece, emerge che i criteri adoperati da Amazon permettono al venditore di posizionarsi nella *Buy Box* siano atti ad ingannare il cliente. Infatti, l'acquirente non avrebbe accesso a tutti i commenti di coloro i quali hanno acquistato lo stesso prodotto. L'adesione al servizio logistica FBA consente ai venditori aderenti di cancellare eventuali *feedback* negativi nelle recensioni relative alla consegna dei prodotti.

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

In questi termini, l'AGCM ha qualificato la condotta di Amazon in termini di *self-preferencing.* Con tale termine si fa riferimento ai comportamenti mediante i quali le imprese digitali – gestori di piattaforme virtuali – favoriscono i propri prodotti o servizi, a discapito di quelli dei concorrenti che si avvalgono del medesimo spazio per vendere prodotti o offrire servizi concorrenziali[14].

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

La particolarità del provvedimento dell' AGCM è nell'aver considerato la *self-preferencing* come una ipotesi di abuso di posizione dominante.

[14] Sul punto, vd. A. Licastro, *Il self-preferencing come illecito antitrust?*, in *Il Diritto dell'economia*, 2021, n. 2, p. 401 s.

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

In questo contesto, si inseriscono le condotte delle piattaforme a concedere il trattamento più favorevole riservato a determinati prodotti o servizi rispetto a quelli offerti dai fornitori-terzi sulla medesima piattaforma digitale gestita dal *gatekeeper*.

Il trattamento preferenziale va considerato come pratica anticompetitiva anche se non è contemplato fra le pratiche abusive nell'art. 102 TFUE.

Difatti, anche se tale pratica non risulta essere menzionata dall'art. 102 TFUE, non sussiste alcun motivo che induca a disconoscerla come illecito anticoncorrenziale in quanto, come più volte ribadito dalla Commissione UE, dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e dal Tribunale dell'Unione Europea, l'elenco dei comportamenti abusivi previsti all'articolo 102 TFUE non è affatto tassativo ed esaustivo[15].

Le ragioni si una fattispecie normativa abbastanza ampia ed elastica spiega anche l'intenzione del Legislatore europeo di lasciare aperta la casistica degli abusi di posizione dominante in modo che gli interpreti possano ricondurvi nuove tipologie di condotte anticompetitive. Dunque, in virtù di tale flessibilità, si potrebbe considerare il *self-preferencing* come una nuova forma di abuso di posizione dominante.

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

Affinché tali piattaforme possano attuare le pratiche di *self-preferencing*, occorrerà che le stesse svolgano sia un ruolo di regolatori dei mercati digitali (dunque arbitri del mercato) e sia un ruolo di competitori, cioè offerenti di beni e servizi all'interno della medesima piattaforma.

Difatti, una volta entrati nel mercato a valle, i *gatekeeper* tendono ad operare in concorrenza con i fornitori. È evidente, quindi, che favoriranno i propri prodotti e servizi.

Questo duplice ruolo è sperimentabile nei siti di commercio elettronico e, nello specifico, nell'Amazon Marketplace, il cui gestore non solo opera come intermediario digitale, ma anche come rivenditore di propri prodotti sulla piattaforma. Nella prima posizione, concede ai venditori di commercializzare i

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

loro prodotti sul sito *e-commerce*, mentre nella seconda possiede la capacità di distribuire beni e servizi di sua produzione a quegli stessi consumatori cui si rivolgono i venditori-terzi per il tramite della piazza virtuale. Si comprende bene come nell'e-commerce, l'attività di intermediazione è svolta nel mercato a monte in cui il provider detiene una posizione di potenza economica che verrà sfruttata a valle per rafforzare la propria dominanza nel mercato della distribuzione dei prodotti.

Le condotte di *self-preferencing*, invero, sono già state constatate dalla Commissione Europea per il caso paradigmatico di Google Shopping, richiamato anche dall' AGCM nel provvedimento in esame[16].

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

A seguito della ricerca effettuata, *Google Shopping* classificava i prodotti ponendo al vertice del *ranking* i prodotti e i servizi offerti da *Google*.

In ragione di tali pratiche preferenziali, il 27 giugno 2017 la Commissione Europea, dopo ben sette anni dalla ricezione delle prime denunce, ha condannato Google al pagamento di un'ammenda di importo pari 2,42 miliardi di Euro per il comportamento abusivo consistito nell'aver trattato più favorevolmente, sia in termini di posizionamento sia di visualizzazione nelle sue pagine generali dei risultati di ricerca, il proprio servizio di acquisti comparativi rispetto ai servizi dello stesso genere offerti da operatori concorrenti[17].

Con il caso di *Google Shopping* la Commissione Europea ha riconosciuto l'ammissibilità e la necessità di sanzionare pratiche che, consistendo oggettivamente e sostanzialmente in un abuso di posizione dominante, fuoriescono dall'elenco di cui all'art. 102 TFUE.

Sotto questo aspetto, va considerato che l'articolo 102 TFUE non contiene un elenco esaustivo dei possibili abusi ed, in virtù di tale flessibilità, riesce ad abbracciare anche eventuali nuove condotte illecite.

In questi termini, affinché la *self-preferencing* possa considerarsi come abuso di posizione dominante e, dunque, come illecito ai sensi dell'articolo 102 TFUE, è necessario valutare se la condotta sia finalizzata ad attuare una delle pratiche abusive elencate dalla disposizione ossia: «[…] chiudere l'accesso al mercato dei concorrenti, applicare a controparti commerciali condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, creando loro in tal modo uno svantaggio concorrenziale, o a rafforzare la posizione dominante mediante una concorrenza falsata»[18].

Al pari di Google Shopping, emerge dall' istruttoria dell'AGCM la sussistenza di una condotta abusiva realizzata da Amazon per indurre l'adozione del proprio servizio da parte dei *retailer* terzi a discapito dei servizi concorrenti di logistica e sfavorendo, indirettamente, i *marketplace* concorrenti.

---

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

[17] Commissione UE, 27 giugno 2017, Caso AT.39740, Google Search (Shopping), C(2017) 4444 final, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf, par. 341-342.

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

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

Sia per Google shopping che per Amazon è l'algoritmo ad assumere un ruolo di primo piano.

È evidente che le modalità operative dell'algoritmo siano le medesime, seppur con una sostanziale differenza di base. Difatti, nel caso di *Google* la *search discrimination* sarebbe interna perché attuata dal motore di ricerca verso i suoi concorrenti diretti attivi nel mercato collegato dei servizi di acquisti comparativi *online*, mentre nel caso italiano Amazon si verificherebbe una discriminazione esterna verso i servizi di logistica autonomi rispetto alla piattaforma online[19].

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

In conclusione, l'Antitrust afferma che, per effetto delle proprie condotte, Amazon ha danneggiato la concorrenza nel mercato della logistica per *e-commerce* e nel mercato dei servizi di intermediazione su *marketplace*, producendo, in ultima analisi, effetti negativi sul benessere del consumatore finale.

Ancora, il legame creato da Amazon tra il suo servizio di logistica (FBA) e il pacchetto di vantaggi è il cardine di una strategia deliberatamente ideata dall' impresa Amazon per incentivare i venditori terzi all'utilizzo di FBA e, indirettamente, indurli a una scelta di *single-homing* su Amazon.it. In altre parole, il servizio di logistica è il perno intorno al quale ruota il circolo virtuoso Marketplace-FBA-Prime finalizzato a rendere l'attività di vendita dei retailer terzi sulla piattaforma altamente profittevole.

La piattaforma Amazon è stata in grado di produrre quegli effetti di rete più volte sottolineati, circoscrivendoli, in particolare, alla relazione tra utenti Prime e venditori FBA, i due sottogruppi di utenti della piattaforma ai quali corrisponde la parte più rilevante del fatturato. È il "volano", la *flywheel*, del fondatore di Amazon: più venditori FBA, più prodotti Prime, più vantaggi per utenti Prime e, quindi, più utenti Prime. Più utenti Prime, più acquisti di prodotti Prime, più vantaggi per i venditori FBA, più venditori FBA.

8. Il *self-preferencing* nella proposta del *Digital Market Act.*

La pratica del *self-preferencing* inteso quale comportamento mediante il quale le imprese digitali – gestori di piattaforme virtuali – favoriscono i propri prodotti o servizi, a discapito di quelli concorrenti che si avvalgono dello stesso spazio per vendere prodotti concorrenziali, non assume solo ed esclusivamente

[19] Così A. Licastro, *Il self-preferencing come illecito antitrust?*, cit., p. 425

rilievo in termini di illecito anticoncorrenziale, ma anche in termini di regolazione del mercato digitale.

Recentemente, come si è anticipato, la Commissione Europea, in data 15 dicembre 2020, ha formalizzato una proposta di regolamento relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale, ossia la *Digital Markets Act* che disciplina le piattaforme che agiscono come punti di accesso (*gateway*) o come controllori di accesso (*gatekeeper*) tra utenti commerciali e utenti finali. La proposta di regolamento, in particolare, si riferisce a tutte quelle piattaforme che beneficiano di una posizione consolidata e duratura, spesso risultante dalla creazione di ecosistemi conglomerati attorno ai loro servizi di piattaforma di base che rafforza le barriere di accesso già esistenti.

I gestori delle piattaforme possono considerarsi *gatekeeper* se: i) hanno un impatto significativo sul mercato interno; ii) gestiscono uno o più importanti punti di accesso dei clienti e iii) detengono una posizione consolidata e duratura nelle loro operazioni o si prevede che la acquisiranno.

La loro qualità di *gatekeeper* può essere stabilita in riferimento a indicatori quantitativi appropriati e chiaramente circoscritti, che possano servire come presunzioni confutabili per stabilire se un fornitore specifico si configura come *gatekeeper*, oppure può essere stabilita in base a una valutazione qualitativa caso per caso mediante un'indagine di mercato[20].

Data la loro posizione, i *gatekeeper* hanno un impatto enorme sui mercati digitali nei quali sono radicati e ne controllano di fatto l'accesso, creando tra loro e molti utenti commerciali una forte dipendenza che sfocia talvolta in comportamenti sleali nei confronti di tali utenti. Tale situazione provoca, inoltre, effetti negativi sulla contendibilità dei servizi di piattaforma di base in questione.

Ebbene, nella consapevolezza che le iniziative di regolamentazione degli Stati membri non possono affrontare pienamente questi effetti e che senza un'azione a livello dell'UE, le singole iniziative potrebbero persino frammentare il mercato interno, la Commissione Europea ha proposto uno specifico regolamento dei mercati digitali.

Al Considerando n. 48 della proposta di regolamento, la Commissione Europea fa riferimento ai *gatekeeper* integrati verticalmente, come Amazon, che offrono determinati prodotti attraverso i propri servizi di piattaforma o tramite un utente commerciale (ad es. il vettore terzo) sul quale esercitano un controllo. Ebbene, come nel caso di Amazon, una siffatta situazione può verificarsi quando un *gatekeeper* offre i propri servizi di intermediazione online

[20] Al fine di individuare con precisione chi siano tali *gatekeeper*, vengono poste presunzioni *iuris tantum*. L'art. 3 del DMA dispone che un fornitore di servizi di piattaforma principale è designato come *gatekeeper* se ha un impatto significativo sul mercato interno; se gestisce un servizio di piattaforma centrale, che funge da importante *gateway* per gli utenti aziendali, i quali se ne servono per raggiungere gli utenti finali; e, infine, se gode di una posizione consolidata e durevole nelle sue operazioni oppure se è prevedibile che godrà di tale posizione in un futuro prossimo. La sussistenza di tali requisiti si valuta sulla base di criteri quantitativi, che, ove sussistenti, obbligano le piattaforme digitali a notificare tali dati alla Commissione europea. Tuttavia, qualora le piattaforme non presentino tali requisiti quantitativi, si prevede che la Commissione dovrà prendere in considerazione altri criteri - anche qualitativi - quali la dimensione, compreso il fatturato e la capitalizzazione di mercato; le operazioni e la posizione del fornitore di tali servizi online; il numero di utenti aziendali che si servono della piattaforma per raggiungere gli utenti finali, nonché il numero di utenti finali; le barriere all'ingresso derivanti dagli effetti di rete e dai vantaggi basati sui dati; gli effetti di scala e l'ambito di cui beneficia il fornitore, anche in relazione ai dati; l'utente aziendale o l'utente finale *lock-in*; e, infine, le altre caratteristiche strutturali del mercato.

attraverso un motore di ricerca. sicché, nell' offrire tali prodotti sulla propria piattaforma, i *gatekeeper* possono riservare una posizione migliore alla propria offerta, in termini di posizionamento, rispetto ai prodotti di terzi, anch'essi operativi sulla piattaforma dei gatekeeper. Prosegue il Considerando n. 49 che, in tali situazioni, «il *gatekeeper* dovrebbe astenersi da qualsiasi forma di trattamento differenziato o preferenziale ai fini del posizionamento sul servizio di piattaforma di base, attraverso strumenti giuridici, commerciali o tecnici, che favorisca prodotti o servizi offerti direttamente dal *gatekeeper* stesso o attraverso un utente commerciale sottoposto al suo controllo».

In quest'ottica, la regolazione del mercato digitale avviene *ex ante*, essa, con le istruttorie condotte dalla Commissione Europea, chiamata ad individuare i singoli *gatekeeper*, avrebbe carattere prospettico, mirando a indirizzare la condotta futura delle piattaforme tramite l'imposizione di obblighi comportamentali nell'ottica della promozione della concorrenza.

In questi termini la pratica del *self-preferencing* operata da un *gatekeeper* come Amazon non assumerebbe rilievo solo in termini di illecito concorrenziale, ossia in termini di abuso di posizione dominante, ma anche, alla luce della proposta di regolamento del *Digital Markets Act*. Infatti, le condotte in esame assumerebbero rilievo in termini di imposizione di obblighi temporanei e prospettici che siano in grado di garantire un elevato livello concorrenziale all' interno del singolo mercato digitale.

In quest'ottica, nelle ipotesi di *self-preferencing* operate da un *gatekeeper*, la Commissione Europea (ai sensi dell'art. 5 della proposta di regolamento citata) potrebbe imporre al gestore della piattaforma l'obbligo di «consentire agli utenti commerciali di offrire gli stessi prodotti o servizi agli utenti finali attraverso servizi di intermediazione online di terzi a prezzi o condizioni diverse da quelle offerte attraverso i servizi di intermediazione online del gatekeeper». La Commissione Europea può imporre un ulteriore obbligo al *gatekeeper* che può consistere nella possibilità per l'utente commerciale di promuovere offerte agli utenti finali attraverso i servizi della propria piattaforma, nonché può impedire che il *gatekeeper* possa imporre agli utenti commerciali l'utilizzo o l'offerta di un servizio della piattaforma per operare in proprio nella vendita dei propri prodotti.

Si evince, dunque, che la regolazione dei mercati digitali così come proposta dalla Commissione Europea avrebbe un approccio prospettico cercando di prevedere il probabile sviluppo dei mercati digitali ed avrebbe carattere temporaneo perché, in ogni caso, richiederebbe una revisione periodica a seconda delle condizioni oggettive di mercato e soggettive dei diversi operatori. In questi termini, infatti, si inserisce il par. 3 dell'art. 4 della proposta di regolamento che dispone che «la Commissione pubblica e aggiorna costantemente l'elenco dei *gatekeeper* e l'elenco dei servizi di piattaforma di base per i quali essi sono tenuti all'osservanza degli obblighi».

Diversa è, invece, la disciplina della concorrenza nei mercati digitali, la quale, come nel caso appena esaminato che ha coinvolto la piattaforma Amazon, trova applicazione successiva in quanto attiene a condotte degli operatori già poste in essere.

Occorre notare che, però, tra regolazione *ex ante* (affidata alla Commissione europea, come disciplinata dalla proposta del Digital Markets Act) e

regolazione *ex post* (ossia la disciplina della concorrenza) sussiste un rapporto di complementarietà. In questi termini, date le differenti funzioni affidate alla Commissione Europea e quelle affidate alla autorità garante della concorrenza, le competenze dell'una non elidono quelle dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM).

In questi termini, la disciplina *antitrust*, che troverebbe applicazione per tutti i tipi di mercato, e la regolazione settoriale – dei mercati digitali - non si escludono, ma si completano.