

L'Antitrust europeo nella Rete delle meraviglie

Dietro la multa a Google si nasconde la volontà di proteggere i concorrenti, non i consumatori

Di Giuseppe Portonera

1. Introduzione: diritto antitrust o antitrust politico?

La Commissione europea ha imposto a Google una multa di 2,42 miliardi di euro per violazione delle norme antitrust: la condotta sanzionata di Google è quella di aver abusato della posizione dominante sul mercato (in quanto motore di ricerca) per accordare un vantaggio "illegale" a un suo altro prodotto, il servizio di acquisto comparativo su Internet.¹ Si tratta della multa più alta mai comminata dall'Unione Europea a un'azienda tecnologica, avendo così superato il precedente record del caso Intel, che aveva ricevuto una sanzione di 1,06 miliardi di euro nel maggio del 2009.² Il commissario europeo per la concorrenza, Margrethe Vestager, ha al proposito commentato:

Google ha tenuto un comportamento illegale ai sensi delle norme antitrust dell'UE perché ha impedito ad altre imprese di competere in base ai propri meriti e di innovare. Ma soprattutto, ha negato ai consumatori europei la possibilità di scegliere liberamente i servizi e di sfruttare appieno i vantaggi dell'innovazione.

La decisione è stata criticata da Google, che ha rispedito le accuse al mittente e annunciato di considerare seriamente la possibilità di fare appello alla Corte di Giustizia Europea (CGUE).³ Se però il ricorso giudiziario rappresenta l'unico modo per difendersi dalla multa, esso è allo stesso anche il più rischioso possibile, visto che la CGUE è solitamente incline a riconoscere le ragioni dell'Unione Europea. Nulla dunque, allo stato attuale delle cose, fa immaginare che un ricorso alla Corte possa essere benevolo con la posizione di Google: ciononostante, il caso merita di essere analizzato, specialmente per i riflessi in tema di *diritto antitrust*. O – visto il crescente ricorso a criteri di discrezionalità amministrativa, in luogo di quelli di razionalità giuridica ed economica – sarebbe meglio parlare di *antitrust politico*?

1 Vd. il comunicato stampa della Commissione Europea, pubblicato il 27 giugno 2017: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_it.htm.

2 Vd. <http://ec.europa.eu/competition/sectors/ICT/intel.html>.

3 K. Walker, "The European Commission decision on online shopping: the other side of the story", *Blog Google*, <https://www.blog.google/topics/google-europe/european-commission-decision-shopping-google-story/>.

Giuseppe Portonera è studente di Giurisprudenza dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

2. Il caso in breve: le prime criticità

La storia del caso in esame ha inizio nel 2010, quando, in seguito alla segnalazione di un motore di ricerca per lo shopping online del Regno Unito, l'Unione Europea ha iniziato a fare delle verifiche sul comportamento di Google, terminate le quali, nel 2012, aveva chiesto al colosso USA di apportare alcune modifiche al suo sistema, in cambio della chiusura del procedimento senza una multa. L'indagine, però, anche sulla spinta di altre aziende, continuò fino al punto in cui non è stato più possibile trovare un accordo per chiudere il contenzioso. Già nel 2015, la Commissione rilasciò delle conclusioni preliminari (o *statement of objections*) che, rilette in modo retrospettivo, appaiono del tutto prodromiche alla comminatoria della multa di questi giorni. Commentando a caldo quelle conclusioni, Carlo Amenta ne aveva messo in luce il forte preconetto che si stagliava sullo sfondo: l'idea che «i consumatori siano tutti uguali e fundamentalmente stupidi»⁴ e necessitanti, pertanto, di una paternalistica protezione da parte del legislatore. Ciò portava a una definizione della situazione censurabile sotto diversi aspetti. Su tutti, ci pare utile ricordarne un paio: pensare che

l'utilizzo da parte di Google delle caratteristiche e della fama del proprio motore di ricerca costituisca abuso di una posizione dominante invece che il più semplice sfruttamento di un meritato vantaggio competitivo [e che] la causa del successo del servizio di comparazione prezzi di Google risieda esclusivamente nel presunto utilizzo della propria posizione come leader nel mercato dei motori di ricerca e non in altre caratteristiche frutto di un processo di miglioramento autonomo che è passato da un fallimento ad un altro.⁵

L'accento sul passaggio *trial and error* risulta fondamentale per inquadrare correttamente la vicenda.

Come la stessa Commissione ha riconosciuto, il successo dell'attuale servizio di comparazione vendite di Google è il frutto di una costante evoluzione del prodotto: l'ingresso nel mercato dei servizi di acquisti comparativi in Europa è avvenuto, nel 2004, con *Froogle*, che però – come si legge in uno stesso documento interno all'azienda datato 2006 – si rivelò un fiasco. Al fallimento di *Froogle*, Google reagì con *Google Product Search*, nel 2008 e, finalmente, con *Google Shopping*, nel 2013. Che cosa è cambiato dal 2004 ad oggi? Molto semplicemente, come ogni operatore in un regime di libera concorrenza, Google ha imparato dai suoi errori e, di conseguenza, ha affinato la sua offerta. Ma di questo non è mai stata convinta la Commissione Europea: nel suo comunicato stampa, infatti, si legge che

dal 2008 Google ha operato un cambiamento di rotta nella strategia attuata per affermare il proprio servizio di acquisti comparativi sui mercati europei, facendo *leva sulla propria posizione dominante* nella ricerca generica su internet invece che sulla *capacità di competere in base ai propri meriti* (corsivo aggiunto).⁶

Le cose stanno davvero così?

4 C. Amenta, "UE contro Google: chi è il vero amico del consumatore?", *Leoniblog*, <https://www.leoniblog.it/2015/04/28/ue-contro-google-chi-e-il-vero-amico-del-consumatore/>.

5 Ibidem.

6 Vd. comunicato stampa cit. in nota 1.

3. Segue: perché i servizi di confronto dei prezzi sono entrati in crisi?

Nel suo primo *statement of objections*, la Commissione europea ha affermato che il motore di ricerca verticale di Google ha avuto un impatto diretto sul peggioramento delle *performance* dei suoi concorrenti. Facendo riferimento ai pessimi risultati di *Froogle*, la Commissione ritenne addirittura di poterne rinvenire le cause nel fatto che esso non aveva ricevuto alcun trattamento preferenziale, al contrario dei suoi successori *Product Search* e *Shopping*.⁷ Questa posizione è stata confermata nella decisione del 27 giugno: la Commissione ha addotto, a sostegno della propria posizione, prove di “brusche riduzioni del traffico” verso taluni siti concorrenti dell'85% nel Regno Unito, dell'80% in Francia e fino al 92% in Germania, che, a suo giudizio, non possono essere riconducibili ad altri fattori diversi dalla retrocessione da essi subita sul motore di ricerca orizzontale di Google.⁸

In realtà, ha ribattuto Google, molti di questi siti hanno sperimentato un incremento del traffico da Google durante il periodo di indagine della Commissione Europea. In altre parole, centinaia di nuovi siti si sono affacciati in questo piccolo e ben definito segmento di mercato: dal 2005 al 2014, circa 300 nuovi siti di comparazione dei prezzi sono sorti nei Paesi europei.⁹

C'è poi un elemento importante che l'indagine della Commissione Europea ha del tutto tralasciato. E cioè l'impatto rilevantissimo che sul mercato della comparazione hanno avuto altri colossi quali Amazon e eBay. Una ricerca ha mostrato come, negli Stati Uniti, ormai più del 50% dei consumatori, prima di effettuare un acquisto, realizza una ricerca direttamente su Amazon;¹⁰ un'altra, focalizzata sul contesto tedesco, ha rivelato come un terzo dei consumatori online effettui la sua prima ricerca su Amazon, il 4.3% su Google e ancora meno (solo il 6.7%) sui siti di comparazione.¹¹ Non disponiamo di dati complessivi per il mercato europeo, ma l'esperienza comune di ciascuno di noi sembra confortarci nella convinzione che anche sul resto del continente Amazon giochi un ruolo da primo attore. Del resto, se da una parte Amazon consente di comparare le offerte di vari venditori (ma con evidente e giustificato privilegio per le proprie), dall'altra offre tutta una gamma di servizi complementari (consegne rapide ed economiche, politiche di restituzione assai flessibili, assistenza clienti sempre disponibile etc. etc.) che per forza di cose finirà per invogliare il consumatore a preferirlo come prima scelta. Nel difendere la propria posizione, il colosso Google ha sostenuto che i click dal suo motore di ricerca verso i siti di comparazione dei prezzi sono aumentati costantemente nei Paesi europei in cui non vi è un dominio Amazon, mentre

7 Così si legge: «*Froogle*, Google's first comparison shopping service, did not benefit from any favourable treatment, and performed poorly». Cfr. “Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on comparison shopping service”, 15 April 2015, http://europa.eu/rapid/press-release-MEMO-15-4781_en.htm.

8 Vd. comunicato stampa cit. in nota 1.

9 L. Bernardi, “Ecco chi Bruxelles vuole favorire. Parola di Google”, *Formiche.net*, 28 giugno 2017, <http://formiche.net/2017/06/28/chi-vuole-favorire-bruxelles-parola-di-google/>.

10 S. Soper, “More Than 50% of Shoppers Turn First to Amazon in Product Search”, *Bloomberg Technology*, 27 settembre 2016, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-09-27/more-than-50-of-shoppers-turn-first-to-amazon-in-product-search>.

11 Cfr. “Amazon ist Deutschlands größter Showroom – ECC Köln und hybris veröffentlichen neue Cross-Channel-Studie”, IFH KÖLN, 05 maggio 2015.

sono diminuiti in quelli in cui Amazon ha un sito locale.¹² In questo senso, la concorrenza di Amazon ha danneggiato i motori di comparazione più di quanto non avrebbe potuto fare Google.

4. Sul ruolo dell'Antitrust: proteggere la concorrenza o i concorrenti?

Prima di procedere d'oltre, crediamo che la visione d'insieme del lettore possa giovare di una rapida comparazione con ciò che è stato deciso dall'Autorità antitrust degli Stati Uniti (*Federal Trade Commission*) in una situazione assai analoga. Nel 2013, la FTC, dopo una lunga indagine, rese noto che non avrebbe proceduto in sede giudiziaria contro Google, dal momento in cui le evidenze probatorie raccolte non erano sufficienti a dimostrare che le azioni dell'azienda di Mountain View avessero, in qualche modo, limitato la concorrenza nel settore delle ricerche online.¹³ Nonostante il suo più ampio spettro, il caso presentava delle affinità evidenti con quello oggetto del presente *focus*: come hanno notato Trovato (2013) e Varsori e Zuluaga (2016), in due distinte analisi per l'IBL,¹⁴ gli addebiti sollevati erano, infatti, sostanzialmente identici. Considerati anche la nota collaborazione tra le autorità antitrust statunitense e europea e il fatto che la dimensione sovranazionale del fenomeno rendesse difficilmente immaginabili soluzioni divergenti tra le due sponde dell'Oceano, non era peregrino spingersi ad auspicare che la Commissione Europea potesse fare tesoro della lezione della decisione della FTC. Si sperava, cioè, che anche in Europa si sposasse un approccio ispirato a quanto affermato dal Giudice Warren nel caso *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*,¹⁵ per cui la regolamentazione antitrust ha come fine la protezione della concorrenza e non quella dei concorrenti. Magari la speranza si fosse tramutata in realtà: al lettore-consumatore sarebbe stata risparmiata la lettura di questo *focus* e il rischio di veder peggiorata la qualità dei servizi offerti sul mercato.

Sulla diversa scelta della Commissione sono pesate in modo centrale le differenti impostazioni culturali del regolatore statunitense e di quello europeo: mentre il primo può agire solo nel caso di accordi che restringano in modo "irragionevole" la concorrenza, il secondo interviene ogni qualvolta in cui ritenga che il *corrente* regime concorrenziale sia in pericolo. Così, mentre la FTC sarà più disposta ad accettare comportamenti che possano danneggiare i rivali, a patto che i consumatori ne traggano un beneficio, la Commissione Europea interverrà quasi sicuramente per sanzionare una simile condotta.¹⁶ A ciò si aggiunga che la Commissione Europea, al contrario della FTC, può comminare le sue sanzioni senza dover passare da un controllo di tipo giurisdizionale: ciò, come è stato scritto, concorre a creare «un ambiente ideale per l'approvazione d'interventi che accrescono il profilo pubblico del dominus, a prescindere dalla loro effettiva fondatezza».¹⁷

12 Bernardi, cit.

13 Vd. il comunicato stampa della Federal Trade Commission: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2013/01/google-agrees-change-its-business-practices-resolve-ftc>.

14 M. Trovato, *Google e antitrust: nessun risultato trovato*, IBL Focus n. 220, 9 gennaio 2013; A. Varsori e D. Zuluaga, *EU Antitrust vs. Google*, IBL Briefing Paper n. 155, 20 gennaio 2016.

15 370 U.S. 294 (1962).

16 Cfr. Varsori e Zuluaga, *op. cit.*, p. 5.

17 M. Trovato, "Google, cronaca di una multa annunciata", *Il Foglio*, 29 giugno 2017, <http://www.ilfoglio.it/tecnologia/2017/06/29/news/google-cronaca-di-una-multa-annunciata-142290/>.

A giudizio di chi scrive, la domanda capitale che l'operatore antitrust dovrebbe porsi è la seguente: lo spazio su cui i concorrenti sono chiamati a confrontarsi è quello di Internet o quello di Google? Il regolatore europeo sembra convinto che la riduzione del mercato al solo motore di ricerca Google sia un'operazione fattibile: dal momento in cui oltre il 90% delle ricerche online si svolge tramite Google, ecco allora che la concorrenza deve imporsi all'interno dei suoi confini e non al suo esterno. Ecco che Google non può (*rectius*: non deve) "privilegiare" i risultati del *suo* motore di ricerca verticale all'interno del *suo* motore di ricerca orizzontale, ma deve riconoscere equo spazio anche ai vari concorrenti. Una posizione così risulta difficilmente intellegibile, ma mostra bene il *bias* che le autorità antitrust hanno nel ricondurre a espressioni concorrenziali, piuttosto che abusive, le innovazioni delle aziende *tech* più di successo.¹⁸

5. Conclusioni: less is (still) more

Google è un esempio piuttosto evidente di come si vince la gara della competizione. Quando è sbarcato sul mercato delle ricerche online (nel 1998) aveva davanti a sé ben 20 *competitors*: di questi, oggi, solo 10 sono ancora attivi, ma nessuno di loro rappresenta un serio avversario. I dati a livello mondiale (maggio 2017) sono chiarissimi: Google ha una quota del 77.98%; il suo più rilevante concorrente, Bing, si ferma al 7.81%.¹⁹ Innovazione dopo innovazione, Google ha conquistato il mercato. Si pensi alla sua (vincente) intuizione di utilizzare i click degli utenti come *feedback* per capire cosa migliorare: i suoi *competitors* ne hanno sicuramente sofferto, ma la totalità dei consumatori ne ha enormemente beneficiato. E l'Antitrust dovrebbe tenere in conto le conseguenze della distruzione creatrice in termini di maggior benessere per i consumatori, non di espulsione dei concorrenti dal mercato. Come opportunamente messo in luce da Bloomberg poiché

non c'è alcuna garanzia che questo circolo "virtuoso" rimarrà tale anche nel futuro, un controllo sarà sempre necessario. Ma, sicuramente, i regolatori dovrebbero aspettare che emerga un problema, prima di cominciare a cercare una soluzione.²⁰

Spesso, poi, si dimentica che, poiché l'innovazione corre molto più veloce della legislazione, una regolazione sponsorizzata come "pro-concorrenziale" potrebbe, in realtà, ottenere l'effetto sostanzialmente opposto, ritagliando le proprie norme sui confini del mercato solo *momentaneamente* definibili e rendendo così più costoso l'accesso a nuovi *outsider*. Il che mal si adatta (per usare un eufemismo) con la natura invece squisitamente "iper-schumpeteriana" dei mercati digitali, in cui la forza del cambiamento è «inesorabile e assolutamente imprevedibile»²¹ e in cui il successo arride a chi meglio riesce a intercettare gusti e prefe-

18 Cfr. R. Bitetti, "Quanto costa ai consumatori la multa a Google?", *Il Foglio*, 28 giugno 2017. Di Bitetti si vd. anche Id., "Google, Competition Policy and the Owl of Minerva", in *Economic Evidence in EU Competition Law*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 293-326. Si aggiunga, infine, G. A. Manne e J. D. Wright, "Innovation and the limits of Antitrust", in *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 6, n. 1, pp. 153-202, 2010.

19 Cfr. "Desktop Search Engine Market Share", *NetMarketShare.com*, <https://www.netmarketshare.com/search-engine-market-share.aspx?qprid=4&qpcustomid=0>.

20 "Google and Europe Should Not Be Enemies", *Bloomberg View*, 22 aprile 2016, <https://www.bloomberg.com/view/articles/2016-04-22/dear-europe-google-is-not-the-enemy>.

21 A. Thierer, "Of 'Tech Titans' and Schumpeter's Vision", *Forbes*, 22 agosto 2011, <https://www.forbes>.

renze del consumatore grazie a un miglioramento costante dei propri prodotti. Del resto, si noti come la Commissione stessa, nel comminare la multa a Google, abbia osservato che alcuni concorrenti si sono adeguati agli standard competitivi di Google e sono per questo riusciti a recuperare del traffico, «ma mai *completamente*» (corsivo aggiunto).²² La scelta di quest'ultimo avverbio è curiosa, ma forse rivelatrice della convinzione di Bruxelles che l'assetto concorrenziale sia un gioco a somma zero, con quote di mercato tendenzialmente stabili tra operatori anch'essi fissi.

In un suo storico e giustamente celebrato saggio sull'esperienza antitrust negli Stati Uniti,²³ Alan Greenspan paragonò il mondo dei regolatori a quello di Alice nel Paese delle meraviglie, in cui «ogni cosa allo stesso tempo apparentemente è e non è» (abbiamo ripreso questa felice immagine, riadattandola al nuovo contesto tecnologico, per titolare il *focus* in esame). La complessità del mondo di Internet non fa, infatti, che rendere ancora più rischiosa e delicata l'attività dell'antitrust: per questo sarebbe opportuno attendersi, da parte delle Autorità, una maggiore prudenza e un minore grado di attivismo "politico". Come direbbero gli anglosassoni, *less is (still) more*. Non è esagerato concludere che la multa a Google non farà né il bene dei consumatori né quello dei concorrenti: vedremo come il colosso statunitense si adeguerà alle richieste della Commissione, ma pensare che sarà una sanzione e non l'innovazione a salvare i *competitors* di Google significa non aver compreso come funziona il mercato di Internet. Ancora una volta, dunque, questa vicenda sembra ricordarci l'equivoco, duro a morire, di confondere la difesa della concorrenza con la lotta al "Big".

com/sites/adamthierer/2011/08/22/of-tech-titans-and-schumpeters-vision/#85db8ac3f210.

22 Vd. comunicato stampa cit. in nota 1.

23 A. Greenspan, "Antitrust", in *Capitalism: The Unknown Ideal*, a cura di A. Rand, New York, New American Library, 1967, (trad. it: "Antitrust: miti e leggende", in *Antitrust. Mito e realtà dei monopoli*, a cura di A. Mingardi, Treviglio/Soveria Mannelli, Rubbettino/Facco, 2004, pp. 55-64).

IBL Focus

Chi Siamo

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

Cosa Vogliamo

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.