

X CONVEGNO ANNUALE DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI
UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"
"L'EVOLUZIONE TECNOLOGICA E IL DIRITTO COMMERCIALE"
Roma, 22-23 febbraio 2019

FRANCESCO CASALE

Imprese collaborative e disciplina antitrust
(titolo provvisorio)

SOMMARIO: 1. *La disciplina antitrust come strumento di regolamentazione delle imprese collaborative.* – 2. *Le imprese collaborative come mercati a due (o più) versanti. Spunti dai casi Mytaxi e Ohio vs. American Express.* – 3. *La definizione del mercato rilevante.* – 4. *Alcuni spunti in tema di intese.*

1. La disciplina antitrust come strumento di regolamentazione delle imprese collaborative.

Per imprese collaborative si intendono le imprese della c.d. *sharing economy*, ossia quelle che operano essenzialmente attraverso una piattaforma *on line*, mettendo in comunicazione prestatori e fruitori di beni e servizi¹.

La locuzione è volutamente plurale, allo scopo di chiarire fin dall'inizio che essa, pur presentando alcuni elementi caratteristici che marcano la differenza con le imprese tradizionali (o, forse, sarebbe meglio

¹ Per ulteriori riferimenti e per una più ampia informazione sulle ragioni che mi hanno condotto ad adottare la locuzione «impresa collaborativa» mi permetto di rinviare a F. Casale, *La «proprietà» nelle imprese collaborative. prime considerazioni*, in *Rivista ODC*, 1/2018, 107 ss.

dire «non collaborative»), racchiude in sé una pluralità di modelli imprenditoriali tra loro differenti.

L'elemento caratterizzante la fattispecie dell'impresa collaborativa non si esaurisce, infatti, nella presenza di una piattaforma *on line* che mette in comunicazione due o più gruppi indistinti di soggetti economici (*two- o multi-sided market*), ma consiste nel fatto che, per offrire sul mercato beni o servizi, la piattaforma deve avvalersi necessariamente della necessaria collaborazione di altri soggetti economici, esternalizzando in maniera definitiva ed irreversibile una fase d'impresa che ne costituisce altresì la prestazione caratteristica. Tali soggetti economici possono essere a loro volta imprenditori, prestatori autonomi di servizi o consumatori. In altre parole, si realizza un rapporto simbiotico tra la piattaforma ed i prestatori del bene o servizio finale che non può essere reciso senza rendere impossibile, data l'organizzazione dell'impresa-piattaforma, la prestazione del bene o servizio.

Diverse e molto distanti tra loro sono le tipologie di imprese collaborative a seconda dei beni e servizi offerti sul mercato e del conseguente modello organizzativo adottato. Secondo gli autori che più hanno contribuito al suo inquadramento sul piano economico², le produzioni collaborative possono orientarsi ed essere suddivise in quadranti ordinati secondo due assi perpendicolari che rappresentano una maggiore o minore vocazione al profitto (dal capitalismo puro ai c.d. *commons*) ed una maggiore o minore concentrazione del controllo dell'infrastruttura produttiva (da centralizzato a distribuito), in modo da identificare quattro gruppi:

- a) *netarchical capitalism* ovvero *rental economy* (ad esempio, Uber, AirBnb, Facebook, Amazon), vale a dire le entità tipicamente vocate al profitto ed a «proprietà» o gestione centralizzata e concentrata in poche mani, generalmente non a controllo pubblico perché non quotate (o comunque molto restie a quotarsi), che dispongono di *big data* utilizzati come fattore competitivo;
- b) *distributed capitalism*, vale a dire le produzioni basate sulla tecnologia *blockchain*, vocate al profitto ma a controllo diffuso, a

² V. Kostakis, M. Bauwens, *Network society and future scenarios for a collaborative economy*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2014, 15 ss.

cominciare dalle criptovalute ed a qualunque altro utilizzo delle *distributed ledger technologies*;

- c) *global commons*: si tratta di piattaforme a controllo centralizzato che non si propongono un guadagno capitalistico, ma sono animate da una vocazione sociale (ad esempio, Linux, Wikipedia, Arduino) ovvero mutualistica (*platform cooperativism*); in taluni casi la produzione non è riferibile ad imprese ma ad organizzazioni non imprenditoriali;
- d) *resilient communities*: nelle realtà a controllo distribuito e finalizzate al bene comune, gli strumenti della condivisione travalicano il campo dell'impresa per essere utilizzati in sostituzione o ad integrazione del *welfare* statale in comunità locali cittadine ovvero rurali o montane.

L'attenzione di questo studio sarà dedicata prevalentemente alla prima categoria di imprese, che sollevano problemi non indifferenti di «sostenibilità», ad esempio sotto il profilo della condizione giuridica, economica e sociale di chi interagisce con la piattaforma, siano essi collaboratori nella prestazione dei beni e servizi caratteristici (ad esempio, i *driver* di Uber, gli *host* di Airbnb, i *riders* delle imprese della *food delivery*, gli utenti di Facebook, gli inserzionisti, i rivenditori convenzionati, gli utenti e gli *stakeholders* di Amazon). L'attuale vuoto normativo, italiano ed europeo, in materia di *sharing economy*, oltre ad aver impedito finora di raggiungere un corretto equilibrio nelle posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti a vario titolo nell'operatività delle piattaforme collaborative, le ha agevolate nella conquista di quote di mercato sempre maggiori³.

L'impresa collaborativa, infatti, cresce sia aprendo nuovi mercati, creando un mercato di beni e servizi prima inesistenti, come ad esempio l'ospitalità tra privati alternativa alla ricettività alberghiera e paralberghiera tradizionale, sia irrompendo nei mercati già esistenti, come ad esempio quello del trasporto non di linea, erodendo quote di mercato agli *incumbent* ed apportando pressione competitiva sotto vari profili: aumento dell'offerta, nuove tecnologie e funzionalità, fiducia negli operatori grazie al sistema delle recensioni, servizi differenziati e più flessibili, minori costi, minori vincoli normativi.

³ Cfr. OCSE, *Protecting Consumers in Peer Platform Markets: Exploring the Issues*, 25 maggio 2016, in

Un primo aspetto che merita di essere sottolineato in linea generale è che l'impresa-piattaforma, vista la sua funzione intermediaria tra due o più gruppi di utenti e/o prestatori, aumenta la propria efficienza ed il valore dei propri servizi con l'aumentare della massa critica di questi ultimi, realizzando in particolare sia un effetto rete diretto, per cui all'aumentare del numero degli utenti di un gruppo aumenta l'utilità per i membri del gruppo medesimo, sia un effetto rete indiretto, per cui l'utilità aumenta anche all'aumentare dei partecipanti sull'altro versante⁴.

Un secondo aspetto è che, nel momento in cui l'impresa-piattaforma si afferma sul mercato, essa tende a polarizzare verso di sé qualunque scambio, finendo per identificarsi con il mercato stesso. Proprio per questa sua caratteristica, l'impresa collaborativa rivela una spiccata congenita tendenza al consolidamento di posizioni monopolistiche⁵. E più un settore si monopolizza, specialmente attraverso l'integrazione tra e l'identificazione tra piattaforme e grandi imprese che dominano un determinato settore economico, meno valore rischia di essere trasmesso a prestatori e fruitori⁶.

Un terzo aspetto è costituito dall'utilizzo, da parte delle imprese collaborative, dei *big data* come materia prima essenziale per lo svolgimento di attività d'impresa e fattore di vantaggio competitivo⁷, al punto da destare l'interesse delle Istituzioni internazionali e delle Autorità di vigilanza sulla concorrenza nazionali ed internazionali⁸. Uno dei rischi connessi alla *data driven innovation* è che le piattaforme diventino elementi di polarizzazione di nuovi monopoli dovuti alla dipendenza da standard tecnici (*lock in*) o dal

⁴ «A credit card, for example, is more valuable to cardholders when more merchants accept it, and is more valuable to merchants when more cardholders use it»: così la Corte Suprema USA nel caso *Ohio vs. American Express*, su cui v. *infra* nel testo.

⁵ Già puntualmente evidenziata da G. Smorto, *Verso una disciplina giuridica della sharing economy*, in *Mercato concorrenza regole*, 2015, 2, 269 s.

⁶ J. Schor, *Debating the Sharing Economy*, in *Great transition Initiative*, october 2014, 10, https://www.greattransition.org/images/GTI_publications/Schor_Debating_the_Sharing_Economy.pdf.

⁷ G. Smorto, *Verso una disciplina giuridica della sharing economy*, cit., 270.

⁸ Cfr. OCSE (2015), *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*, DOI: <https://dx.doi.org/10.1787/9789264229358-en>; Id., *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*, OECD publishing, Paris, 26 aprile 2017; AGCM, *Relazione annuale sull'attività svolta*, 31 marzo 2017, 222 ss., in www.agcm.it; Id., *Relazione annuale sull'attività svolta*, 31 marzo 2017, 222 ss., *ivi*; AGCM, *Big Data*, provvedimento n. 26620 (IC53), *ivi*; Autorité de la Concurrence, Bundeskartellamt, *Competition, Law and Data*, 10 maggio 2016, in <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>.

funzionamento degli algoritmi con cui vengono trattati ed elaborati i *big data*⁹; per scongiurarlo è necessario garantire il passaggio e la portabilità dei dati da una piattaforma all'altra ed abbattere le barriere tecniche e contrattuali in favore dei consumatori¹⁰.

In quest'ottica, la normativa *antitrust* è la sola che, al momento, può assolvere il compito di regolamentare i mercati in cui le imprese collaborative operano ed anche di correggere i suaccennati disequilibri connaturati alla loro struttura, affinché la condivisione non si risolva in nuove ed ulteriori distorsioni dei predetti mercati¹¹.

2. *Le imprese collaborative come mercati a due (o più) versanti. Spunti dai casi Mytaxi e Ohio vs. American Express.*

È opinione diffusa e oramai consolidata nella letteratura economica che le imprese collaborative diano vita ad un mercato a due (o più) versanti. La dottrina economica tende a distinguere i mercati caratterizzati dall'esistenza di una transazione tra i due versanti della piattaforma (*two sided transaction market*) e quindi di una tariffa bilaterale (*two part tariff*) sia per l'appartenenza alla piattaforma che per l'uso, da quelli dove non vi è alcuna transazione tra i due gruppi (*two sided non transaction market*).

⁹ Cfr. risoluzione del Parlamento europeo 15 giugno 2017, par. 29, ove si sottolinea «l'importanza fondamentale di chiarire i metodi con cui operano i sistemi decisionali automatizzati basati su algoritmi, al fine di garantire l'equità e la trasparenza di tali algoritmi; chiede alla Commissione di esaminare tale questione anche dal punto di vista del diritto UE in materia di concorrenza; invita la Commissione ad avviare un dialogo strutturato con gli Stati membri, il settore privato e i pertinenti organismi di regolamentazione al fine di mettere a punto criteri efficaci per l'elaborazione di principi di responsabilità in materia di algoritmi per le piattaforme di collaborazione basate sulle informazioni».

¹⁰ V. Risoluzione Parlamento europeo 22 dicembre 2016, 12, par. 3.2: cfr. anche parere del Comitato delle regioni 7 dicembre 2017, par. 36.

¹¹ In questi termini v. la risoluzione del Parlamento Europeo del 15 giugno 2017 su un'agenda europea per l'economia collaborativa, n. 2017/2003(INI), in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0271+0+DOC+PDF+V0//IT>, in part. n. 2 («[Il Parlamento europeo] ritiene che, se sviluppata in modo responsabile, l'economia collaborativa crei opportunità significative per i cittadini e i consumatori, che beneficiano di una maggiore concorrenza, di servizi su misura, di una maggiore scelta e di prezzi più bassi; evidenzia che la crescita in tale settore è orientata ai consumatori e consente a questi ultimi di svolgere un ruolo più attivo») e 33 («[Il Parlamento europeo] si compiace del fatto che lo sviluppo dell'economia collaborativa abbia favorito una maggiore concorrenza e spinto gli operatori esistenti a concentrarsi sulle reali richieste dei consumatori; incoraggia la Commissione a promuovere condizioni eque di concorrenza per servizi analoghi all'interno delle piattaforme di collaborazione e tra di esse e le imprese tradizionali; sottolinea l'importanza di individuare e affrontare gli ostacoli che si frappongono alla creazione e all'espansione delle imprese collaborative, in particolare delle start-up»).

Nel primo caso, siamo di fronte ad un unico mercato fatto di due gruppi interconnessi dal gestore dell'infrastruttura di intermediazione, come avviene, ad esempio, nel mercato delle carte di credito, in cui l'intermediario gestisce le transazioni tra i titolari della carta e gli esercizi convenzionati. Il comportamento della piattaforma rilevante ai fini *antitrust* deve essere analizzato in relazione agli effetti che si determinano su entrambi i versanti.

Nel secondo caso, non essendovi una transazione tra i due lati della piattaforma, esistono due mercati collegati tra loro, come avviene, ad esempio, nel mercato della pubblicità sui media, nel quale i lettori di un giornale, gli ascoltatori di una radio o gli spettatori di un canale TV non sono interconnessi in alcuna transazione con le imprese inserzioniste che commissionano la pubblicità all'impresa editoriale, radiofonica o televisiva. In questo tipo di mercato, il comportamento della piattaforma rilevante ai fini *antitrust* deve essere analizzato in relazione agli effetti che si determinano anche solo su un versante. Tuttavia, non sempre la prassi *antitrust* statunitense ed europea, come si vedrà più avanti, si attiene rigorosamente alla distinzione sopra prospettata¹².

In altre parole, una piattaforma può essere a due o più versanti ma il mercato può essere ad un solo versante perché non si verifica l'effetto rete indiretto.

Spunti di riflessione utili per mettere a fuoco il rapporto tra imprese collaborative e disciplina *antitrust* possono ricavarsi da due casi recenti che hanno interessato piattaforme a due versanti.

a) Il primo è il caso *Mytaxi*, sul quale l'AGCM si è pronunciata con due ampi provvedimenti gemelli il 27 giugno 2018¹³. Oggetto di indagine dell'Autorità erano le clausole contenute negli statuti, nei regolamenti e nei contratti che legano i tassisti alle società, per lo più cooperative, che gestiscono il servizio di radiotaxi nelle città di Roma e Milano, le quali

¹² M. Colangelo, V. Zeno Zencovich, La intermediazione on-line e la disciplina della concorrenza: i servizi di viaggio, soggiorno e svago, in *Dir. inf.*, 2015, 43, in part. 54 ss., ove ampia analisi dei casi Travelport/Worldspan, nel quale è stato ravvisato un unico mercato rilevante; Google/Double Click, ove pure è stato ravvisato un unico mercato anche se non senza critiche; Mastercard e Visa Europe, dove è stato ravvisato più di un mercato ma prima no.

¹³ Rispettivamente n. 27244 (I801A) e 27245 (I801B), entrambi in Bollettino settimanale, XXVIII, 26, 9 luglio 2018, 23 ss., 86 ss., reperibile in www.agcm.it; i provvedimenti di avvio istruttoria sono rispettivamente i nn. 26340 e 26345, entrambi in Bollettino settimanale, XXVII, 3, 30 gennaio 2017, 5 ss., 12 ss., in www.agcm.it.

prevedono per il tassista obblighi di non concorrenza e di esclusiva a favore delle società nell'utilizzo del servizio per il reperimento della clientela dalle stesse fornito attraverso il canale radio, obblighi che possono essere sanzionati con l'esclusione dalla società, qualora il rapporto sia di tipo associativo (*id est*, tra la cooperativa ed il socio), ovvero con il distacco del terminale radiotaxi, la sospensione dal servizio e la risoluzione o il recesso dal contratto, qualora il rapporto tra il tassista e la società sia di natura corrispettiva.

Dette clausole sono state giudicate idonee ad impedire od ostacolare l'ingresso di nuovi operatori sul mercato della raccolta e smistamento della domanda del servizio taxi, segnatamente a detrimento dell'applicazione Mytaxi, di proprietà dell'omonima controllata italiana del gruppo automobilistico tedesco Daimler, che aveva effettuato la segnalazione all'AGCM da cui si è avviata l'istruttoria. Si tratta, come è noto ai più, di un'applicazione per dispositivi mobili (*smartphone* e *tablet*) liberamente e gratuitamente scaricabile ed attivabile da ogni tassista operante a Roma o a Milano (il servizio è stato attivato nelle due città dal 2015), per la quale quest'ultimo paga una commissione alla piattaforma in percentuale sul prezzo di ogni corsa portata a termine, da un lato; dall'altro, il contatto con il cliente avviene, ugualmente, tramite l'applicazione scaricata ed attivata da qualsiasi utente sul proprio dispositivo mobile. In altre parole, la piattaforma *on line* si pone quale intermediario tra i tassisti e la clientela, potendosi sostituire o aggiungere, quest'ultima senza obbligo di esclusiva a differenza delle clausole delle società di gestione del tradizionale servizio radiotaxi, al servizio medesimo.

All'esito dell'istruttoria, l'AGCM ha qualificato le clausole oggetto di indagine come intese restrittive della concorrenza, ordinandone l'eliminazione ed inibendone per il futuro la riproposizione mediante comportamenti analoghi¹⁴.

¹⁴ Al momento in cui è stata terminata la stesura del presente lavoro, i provvedimenti dell'AGCM citati nel testo sono stati sospesi dal Tar del Lazio con ordinanze in data 6 dicembre 2018, in attesa che il ricorso avverso i medesimi, proposto dalle società di gestione del servizio radiotaxi di Roma e Milano, sia deciso all'udienza del 3 aprile 2019. Le ordinanze motivano la sospensione con la circostanza che, da un lato, la stessa Autorità ha valutato l'illecito di natura non grave e, dall'altro, stante l'irreversibilità degli effetti connessi alle modifiche statutarie in caso di ottemperanza ai provvedimenti impugnati. Le ordinanze possono essere consultate sul sito web <https://www.giustizia-amministrativa.it/>.

Ai due provvedimenti di cui sopra è seguito un avvio di istruttoria e di procedimento cautelare in data 10 ottobre 2018¹⁵, sempre su segnalazione di Mytaxi, riguardante la città di Torino, dove il servizio è attivo dal giugno 2017, questa volta per sospetto abuso di posizione dominante. Infatti, dopo l'annuncio del lancio ufficiale di Mytaxi per il settembre 2017, nell'agosto 2017 la locale società cooperativa di radiotaxi, in posizione dominante sul mercato della fornitura di servizi di raccolta e smistamento della domanda del servizio taxi nel comune di Torino, ha modificato il proprio statuto introducendo una specifica clausola di non concorrenza, che prevede l'esclusione dei tassisti che, pur rimanendo soci della cooperativa, aderiscano ad altro soggetto titolare o gestore di un diverso sistema tecnologico di intermediazione tra domanda e offerta del servizio taxi o che comunque ne utilizzino le prestazioni. Con provvedimento in data 29 novembre 2018¹⁶, l'AGCM ha in via cautelare disposto la sospensione dell'applicazione della clausola statutaria denunciata nelle more della decisione di merito.

b) Il secondo caso è *Ohio vs. American Express*, deciso anch'esso nel giugno 2018 dalla Corte Suprema americana¹⁷, la quale ha rigettato il ricorso proposto dallo stato dell'Ohio e da altri stati americani contro la sentenza del *Second Circuit* della *Court of Appeals* che, ribaltando il giudizio di primo grado della corte distrettuale di New York, aveva sancito la legittimità delle clausole c.d. *antisteering* che American Express imponeva ai propri esercenti nei contratti di convenzionamento.

Questi i fatti: il modello di business di American Express si basa su una clientela ad alta propensione alla spesa, che viene remunerata con generosi programmi di premi, per attuare i quali onera gli esercenti di commissioni più alte rispetto alla concorrenza. La reazione di questi ultimi è, talvolta, di indirizzare i titolari ad utilizzare altre carte concorrenti per le quali si pagano commissioni minori (c.d. *steering*). In risposta a tale pratica, fin dagli anni Cinquanta del secolo scorso American Express ha introdotto nei propri contratti con gli esercenti clausole che vietano lo *steering*.

¹⁵ N. 27372 (A521), in Bollettino settimanale, XXVIII, 39, 22 ottobre 2018, 7 ss., in www.agcm.it.

¹⁶ N. 27434, in Bollettino settimanale, XXVIII, 49, 17 dicembre 2018, 8 ss., in www.agcm.it.

¹⁷ Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, 16-1454, Ohio et al. vs. American Express co. et al., 25 giugno 2018, in https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1454_5h26.pdf.

Gli Stati Uniti e diversi singoli stati hanno citato in giudizio American Express sostenendo che le clausole *antisteering* sono contrarie al § 1 dello *Sherman Act* in quanto costituirebbero restrizioni irragionevoli del commercio tra gli stati dell'Unione. In primo grado, la corte distrettuale aveva stabilito che tali clausole fossero anticoncorrenziali¹⁸ perché il mercato delle carte di credito deve essere considerato come due mercati separati, quello degli esercenti convenzionati e quello dei titolari di carte, sicché le clausole in parola si risolvono in commissioni più alte sul versante degli esercenti e, pertanto, si pongono in contrasto con la normativa *antitrust* di oltreoceano. In appello il *Second Circuit* aveva ribaltato il verdetto di primo grado¹⁹, stabilendo che si tratta di un unico mercato e che le clausole *antisteering*, non avendo alcun effetto significativo sui consumatori, non violano lo *Sherman Act*.

La Corte Suprema conferma il principio sancito dalla sentenza di appello con argomentazioni che, per ciò che qui maggiormente interessa, attengono al funzionamento dei mercati a due versanti ed alla definizione del mercato rilevante.

Quanto al primo aspetto, le società di gestione delle carte di credito operano come una *two sided platform* tra due gruppi di soggetti (esercenti e titolari) collegati tra loro da una transazione (*transaction*): quando l'esercente chiede di poter pagare con la carta e l'esercente accetta, la transazione gestita dalla piattaforma costituisce l'elemento unificante i due versanti per cui non può esservi una vendita su un versante della piattaforma senza che vi sia contemporaneamente una vendita sull'altro versante.

Dai casi appena passati rapidamente in rassegna si possono trarre alcune considerazioni valedoli per i mercati a due versanti costituiti da imprese collaborative, che saranno sviluppate nel prosieguo.

3. La definizione del mercato rilevante

Nell'identificare e definire il mercato rilevante dove operano le imprese collaborative si deve considerare, in primo luogo, la loro natura intermediaria, ragion per cui esso è costituito dal mercato della fornitura di

¹⁸ United States District Court, Eastern District of New York, 1:10-cv-04496-NGG-RER, 19 febbraio 2015, in <https://www.justice.gov/file/342121/download>.

¹⁹ Court of Appeals for the Second Circuit, United States v. American Express Co., 838 F. 3d 179, 184 (2016), 26 settembre 2016, in <https://www.leagle.com/decision/infco20160926066>.

servizi di intermediazione nella circolazione di beni e servizi tra i due o più versanti coinvolti, che costituiscono mercati a valle. Così, una piattaforma *on line* per la raccolta e lo smistamento della domanda del servizio di trasporto pubblico non di linea compete con altre imprese, tradizionali e non, le quali, attraverso i diversi possibili canali utilizzabili, mettono in collegamento gli esercenti tale trasporto con la clientela di riferimento. Così, ancora, una piattaforma per lo scambio tra privati di ospitalità alternativa a quella alberghiera o par alberghiera compete e deve, perciò, essere posta in confronto non con il mercato delle strutture ricettive, bensì con quello dell'intermediazione di servizi turistici e di viaggio, come le agenzie di viaggio ed i *tour operator* reali e virtuali.

Per tale ragione, i canali che veicolano la domanda e l'offerta presenti sui mercati a valle si presentano, in linea di principio, alternativi, indipendentemente se sfruttano le nuove tecnologie o i sistemi tradizionali, e ciò a seconda dell'elasticità della domanda e della sostituibilità di un canale tradizionale con uno più innovativo²⁰. Nello stesso senso si era espresso già il Tribunale di Milano nell'ordinanza che aveva inibito il servizio Uber Pop nel territorio italiano, ravvisando la sussistenza di un rapporto concorrenziale tra i servizi radiotaxi e le applicazioni per dispositivi mobili di condivisione del trasporto svolto da autisti privati, per il fatto che si rivolgevano allo stesso tipo di clientela²¹.

Una possibile chiave di lettura sta nello stabilire se, sotto la pressione competitiva delle piattaforme collaborative, la quota di mercato perduta dalle imprese tradizionali è attualmente al margine ovvero se la perdita è già avvenuta ed è quindi al di sotto del margine. In tal caso, l'avvento sul mercato di imprese collaborative non comporterà grande differenza nel comportamento delle imprese tradizionali e sulla definizione del mercato;

²⁰ Nel caso Mytaxi, l'AGCM ha considerato equivalenti e sostituibili tra loro tutti i diversi canali di smistamento della domanda di trasporto tramite taxi (nella fattispecie, canali diretti, come la richiesta diretta di un taxi in transito o nei posteggi regolamentati o la chiamata diretta alle colonnine telefoniche nei posteggi medesimi, e canali basati su piattaforme di intermediazione, come i radiotaxi, le applicazioni tecnologiche e il numero unico comunale), sia dal lato della domanda, essendo frequente che un utente utilizzi i diversi canali anche in contemporanea tra loro, che dal lato dell'offerta, potendo i tassisti teoricamente reperire la loro clientela tramite ognuno dei canali disponibili. Ciò ha portato all'individuazione di un unico mercato rilevante.

²¹ Trib. Milano, ord. 25 maggio 2015, e Trib. Milano, ord. 9 luglio 2015, in *Giur. comm.*, 2017, I, p. 207 s.

diversamente, se i consumatori marginali si spostano verso l'impresa collaborativa, questa delimiterà la dinamica e la definizione del mercato²².

Rimangono, tuttavia, alcune questioni insolute e aspetti non chiariti. In primo luogo, la concorrenza tra una piattaforma *on line* ed una piattaforma *off line* può presentare alcune vischiosità connesse allo strumento tecnologico che a volte potrebbero mettere in discussione una loro piena equiparabilità e, quindi, sostituibilità, come la presenza e il funzionamento della rete internet o della geolocalizzazione o, più in generale, il non uniforme utilizzo dei dispositivi elettronici nelle varie fasce della popolazione²³.

In secondo luogo, la dimensione geografica è condizionante per le imprese tradizionali e tendenzialmente irrilevante per le piattaforme *on line*. Eppure, gli effetti di rete per queste ultime variano da settore a settore e sono più forti per gli operatori che agiscono su scala globale, sia dal lato della domanda che dal lato dell'offerta, e più deboli nei mercati a domanda od offerta locali, delimitando il mercato ad un ambito geografico circoscritto²⁴.

Quando l'impresa collaborativa crea un nuovo mercato, questo è caratterizzato da barriere all'ingresso relativamente basse e dalla replicabilità del modello da parte di nuovi attori successivi, il cui costo infrastrutturale può essere non elevato anche grazie all'apporto di *venture capitalists*²⁵; d'altro canto, il settore fortemente innovativo e l'assenza di barriere lo rendono fortemente contendibile, per cui il problema non è tanto l'entrata quanto la permanenza nel mercato, che dipende dalla capacità di fare rete e creare reputazione affrontando alti costi sommersi (*sunk costs*).

²² J. FINGLETON, D. STALLIBRASS, *Imprese peer to peer, regolamentazione e concorrenza*, in *Mercato concorrenza regole*, 2015, 3, p. 417 s., i quali citano due esempi di concentrazioni, uno nel settore dei giornali locali e l'altro nella rivendita di videogiochi; in entrambi i casi si è posto il problema della concorrenza degli operatori via internet.

²³ V. N. Rampazzo, *Rifkin e Uber. Dall'età dell'accesso all'economia dell'eccesso*, in *Dir. inf.*, 2015, 6, p. 963 ss., che rimprovera ai provvedimenti del Tribunale di Milano appena citati ed alle prime pronunce rese su Uber in altri ordinamenti di non avere colto alcune peculiarità delle imprese collaborative, come ad esempio il fatto che la *community* degli utenti di una piattaforma collaborativa costituisca una comunità identificata e non un pubblico indifferenziato.

²⁴ G. Smorto, *Verso una disciplina giuridica della sharing economy*, cit., p. 270; in questa direzione si muove anche l'AGCM nel caso Mytaxi, circoscrivendo il mercato rilevante dei servizi di smistamento della domanda del servizio taxi alle singole città di Roma (provv. n. 27244, n. 209), Milano (provv. n. 27245, n. 183) e Torino (provv. n. 27434, n. 37).

²⁵ G. Smorto, *ibidem*.

Quando, però, il nuovo mercato assume una fisionomia più compiuta e stabile, come nel caso del commercio elettronico, le barriere si alzano a causa degli elevati *switching costs* (il costo per gli operatori, soprattutto prestatori, di migrare su un'altra piattaforma) e si manifestano gli effetti di *lock in*, ossia la tendenza a vincolare l'utente ad avvalersi soltanto di una piattaforma, anche grazie all'importanza per lui del riconoscimento del marchio e della fiducia nel venditore; la tendenza è, più che altrove, alla polarizzazione (*winner takes all*)²⁶. Dall'altro lato, si tratta di mercati volatili, caratterizzati da ciclicità e dal rapido ricambio degli *incumbents* dovuto alla rapida, continua ed incessante innovazione (*rise and fall*). Quindi anche le normali misurazioni di mercato tipo lo SSNIP test devono essere adattate alla nuova realtà, fatta di dispersione e discriminazione di prezzi e dalla rilevanza di elementi non legati al prezzo.

4. Alcuni spunti in tema di intese

Sia nel caso *Mytaxi* che nel caso *American Express*, oggetto di indagine erano clausole che alcune imprese-piattaforma non *on line* (rispettivamente, le società di radiotaxi ed una società di gestione di carte di credito) imponevano agli operatori di uno dei due versanti ad esse interconnessi; nel primo caso, le clausole anticoncorrenziali e di esclusiva per i tassisti aderenti ai servizi di radiotaxi, nel secondo le clausole *antisteering* imposte agli esercenti convenzionati nel ricevere pagamenti tramite carta di credito. In entrambi i casi le clausole prese in esame sono state qualificate come intese verticali²⁷. Ciò già fornisce una prima indicazione, ossia che l'effetto polarizzante delle piattaforme è tale che la maggior parte dei comportamenti rilevanti in chiave *antitrust* concerne i rapporti verticali tra la piattaforma ed almeno uno dei mercati interconnessi, piuttosto che i rapporti orizzontali all'interno di questi ultimi ovvero tra piattaforme concorrenti. In altre parole, l'esercizio del potere di mercato delle piattaforme si esercita, per lo più, sugli operatori finali, allo scopo di blindare (come nei casi in esame) ovvero conquistare il mercato a scapito di piattaforme concorrenti, magari *on line*.

²⁶ M. Colangelo, V. Zeno Zencovich, La intermediazione on-line e la disciplina della concorrenza, cit., p. 55 s., testo e nota 42.

²⁷ V. i citati provvedimenti dell'AGCM di avvio istruttoria n. 26340 (n. 27) e n. 26340 (n. 28) del 18 gennaio 2017 e di conclusione del procedimento n. 27244 (nn. 206 ss.) e 27245 (nn. 180 ss.) del 27 giugno 2018; Corte Suprema degli Stati Uniti, 25 giugno 2018, cit., par. II (pag. 9).

Nel valutare l'effetto escludente di intese orizzontali o verticali che coinvolgono imprese-piattaforma è necessario valutare il modello adottato dalla piattaforma, se aperta o chiusa²⁸. La piattaforma è chiusa se, per far incontrare domanda ed offerta tra i due versanti fa affidamento solo sulla propria rete di prestatori di beni e servizi, di dimensioni sostanzialmente fisse (ad esempio, quando è costituita da soggetti che possono operare in base ad una licenza o autorizzazione rilasciata da un'autorità amministrativa, come nel caso dei taxi o degli NCC) e vincolata ad accettare le richieste di prestazione da parte dei fruitori. È aperta se manca uno o più di tali elementi e, quindi, se la platea dei prestatori è ad ingresso (e uscita) libero²⁹ e se ne è libero lo stesso utilizzo, nel senso che il prestatore può decidere se e quando avvalersi della piattaforma per ottimizzare la propria attività, orientando le sue preferenze tra diverse fonti di reperimento della clientela in base all'andamento della domanda in un dato momento. Di conseguenza, un mercato caratterizzato da una o poche piattaforme chiuse determina effetti escludenti (*foreclosure*) con molta maggiore facilità rispetto ad un mercato caratterizzato da poche o anche da un'unica piattaforma dominante ma di tipo aperto. Di conseguenza, la valutazione sulle possibili barriere all'ingresso si sposterà su altri fattori contingenti, come sopra accennato.

I rischi derivanti da un mercato caratterizzato solo o principalmente da piattaforme chiuse finisce, inoltre, per trasferirsi sul versante degli utenti finali che, nell'impossibilità per i prestatori di ottimizzare al meglio la loro capacità produttiva, potrebbero vedere non completamente soddisfatta la domanda, scontando prezzi più alti o una minore qualità dei beni o servizi richiesti.

Anche le clausole *antisteering* oggetto di indagine nel caso *Ohio vs. American Express* mirano in generale a creare un effetto di *foreclosure*, ma la Corte Suprema non si è spinta fino al punto da analizzare il livello di coerenza ed applicazione delle clausole in concreto, dato che l'assenza di

²⁸ V. provvedimenti n. 27244 (nn. 91 ss.) e 27245 (nn. 81 ss.), cit.

²⁹ Va rammentato, infatti, che la direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno (c.d. Direttiva servizi), che ha come obiettivo la rimozione degli ostacoli alla libertà di stabilimento dei prestatori di servizi e alla libera circolazione degli stessi negli Stati membri, detta principi, criteri e regole restrittive nei confronti della possibilità per le legislazioni nazionali di assoggettare a vincoli irragionevoli e non necessari l'attività di prestazione di servizi nel mercato interno. Come è noto, tali limiti non si applicano alla materia del trasporto (v. considerando n. 17, nonché art. 2, comma 2, lett. d).

impatto anticoncorrenziale è stata accertata in una fase antecedente del procedimento ermeneutico³⁰. Sarebbe stato interessante, in effetti, verificare quanto esse incidano sulla fedeltà degli esercenti vincolati.

³⁰ Nell'escludere la portata anticoncorrenziale dell'intesa verticale costituita dalle clausole *antisteering*, la Corte Suprema si è, infatti, fermata al primo dei tre passaggi necessari, che sono:

- 1) la dimostrazione, da parte dell'attore, che la restrizione abbia un effetto sostanzialmente anticompetitivo che pregiudica i consumatori nel mercato rilevante;
- 2) una volta acquisita questa prova, la dimostrazione, da parte del convenuto, che la restrizione abbia effetti procompetitivi;
- 3) se il convenuto riesce a fornire tale prova, l'onere ritorna all'attore, il quale deve dimostrare che gli effetti procompetitivi possano essere ottenuti in modi meno lesivi della concorrenza.

Nel caso in parola, è stato ritenuto che gli attori non avessero superato il primo dei tre *step* probatori sopra enunciati, essendo rimasto indimostrato che l'aumento delle commissioni imposte da American Express agli esercenti si situasse oltre il prezzo che ci si aspetterebbe di trovare in un mercato concorrenziale ed appurato che gli aumenti delle commissioni fossero un fatto generalizzato e comune anche ai gestori di carte di credito concorrenti. Merita, peraltro, di essere sottolineato il passaggio della motivazione della corte in cui essa constata che, come dimostrato dagli attori, l'incremento di guadagni derivanti dall'aumento delle commissioni non era stato interamente riversato ai titolari sotto forma di incentivi e premi fedeltà; ciononostante, il mercato delle carte di credito, negli anni in cui erano vigenti le clausole *antisteering*, ha visto aumentare il proprio fatturato complessivo ed ha migliorato la qualità dei servizi offerti alla clientela, stimolando le piattaforme concorrenti ad offrire nuove tipologie di carte per la clientela *premium* con maggiori servizi nonché ad introdurre carte di credito concepite per clienti meno facoltosi che altrimenti non avrebbero neppure avuto accesso al servizio, con il risultato finale di quadruplicare, tra il 1970 e il 2001, il numero di titolari di carte di credito e, al contempo, di abbattere di più della metà la media delle commissioni per gli esercenti.