

“Goooglaw”.

Del ricorso alla disciplina antitrust per colpire il tiranno benevolente.

1. Parola d'ordine: caccia a Google, la nuova, magnifica preda. Si moltiplicano le iniziative, le più sul versante antitrust¹, nel segno di una furia dal sapore quasi sportivo, che promette gloria e onore a chi, novello Davide alle prese con un debordante Golia, pardon Big G –soprannome quanto mai sintomatico, posta la sua ovvia sintonia con l'antico convincimento, da Scuola di Harvard à la Joe Bain, che “big is bad”-, riuscirà a fermare il gigante².

Vana impresa quella di inventariare le traiettorie d'attacco³. Basti sottolineare che non si va per il sottile, a costo di sfidare il paradosso. In Francia, per esempio, Fleur Pellerin, giovane (e avvenente) ministro con delega alle PMI e, quel che qui conta, all'economia digitale, è alle prese con la richiesta parlamentare (a firma di Sandrine Mazetier) di provvedere alla separazione delle attività di “ricerca organica” da quella di produzione degli altri servizi verticali “favorisant les propres contenus de monopole”⁴: e siamo così al *dèjà vu*, posto che la stessa ansia di smembramento (scorporo della divisione OS, sistema operativo, dalla divisione App, programmi applicativi) animava il giudice Thomas Pennfield Jackson nella sua crociata contro Microsoft (d'ora in avanti anche MS)⁵. Ma non siamo da meno in Italia: dimenticando che esiste e opera una disciplina specifica dell'abuso di posizione dominante, per nulla bisognosa di moniti particolari, un commissario dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Antonio Preto, dopo aver constatato che Google detiene il 40% della pubblicità online in Italia (e l'80% della pubblicità collegata alle ricerche), minaccia di “accendere un faro ben illuminato” e assicura interventi di arginamento “se i suoi [di Google] atteggiamenti diventeranno predatori”. Non constava, sin qui, che le imprese dominanti sui nostri mercati dovessero essere richiamate all'ordine in via preventiva.

Confesso *in limine* di non avere inclinazione alcuna a seguire la corrente. Mi schiero, piuttosto, fra quanti ritengono che, se pure Google continua a proporsi come miglior motore di ricerca e a occupare una quota consistente dell'attività pubblicitaria che vi si riconnette, il problema non meriti la preoccupata attenzione che gli viene attualmente dedicata. I procedimenti antitrust, di concerto con altre e contermini offensive legali, si vanno moltiplicando, è vero: ma c'è il fondato sospetto ch'essi arriveranno a conclusione a cose fatte, quando le forze di mercato avranno da

¹ Al riguardo, è dato rilevare una sorta di simmetria transatlantica. La Commissione UE si è mossa nel novembre del 2010, sulla scorta delle denunce di alcuni operatori (casi *Foundem v. Google*, COMP/C-3/39740; *Ciao v. Google*, COMP/C-3/39768 e *IPlusV v. Google*, COMP/C-3/39775); da mesi sono in corso trattative che, nelle intenzioni di Joaquin Almunia, Commissario per la concorrenza, dovrebbero portare all'adozione di un dettagliato documento d'impegni. Per parte sua, la statunitense Federal Trade Commission (FTC) ha avviato, nel giugno del 2011, un procedimento (incentrato sulla manipolazione dei risultati di ricerca e della pubblicità correlata) che, stando ai si dice dell'ultima ora, dovrebbe arrivare in tempi brevi a definizione, anche in questo caso sancita da un accordo transattivo, molto lontano dalle aspettative di Microsoft e della “FairSearch coalition”.

² Uno per tutti: Scott Cleland, animatore del sito www.precursorblog.com e autore (con Ira Brodsky) di *Search & Destroy. Why You Can't Trust Google Inc.*, St. Louis, Mo., 2011, libro che mira a svelare come, nascondendosi dietro lo slogan “don't be evil”, il colosso di Mountain View “pretends to be a harmless lamb, but chose a full-size model of a Tyrannosaurus Rex its mascot”.

³ In un catalogo assai ricco, l'attenzione pubblica è stata di recente richiamata –ma si tratta, all'evidenza, di questione risalente- dai *rumors* sull'elusione fiscale attuata in Europa mercé sofisticate triangolazioni e alchimie societarie (“doppio irlandese” e “panino olandese”, nel gergo degli addetti ai lavori). Di questo delicato profilo –orgogliosamente rivendicato dall'AD Eric Schmidt, nel segno della fedeltà a una bellicosa logica di marcia attraverso le istituzioni che induce il cittadino comune, spremuto sino all'osso da una fiscalità implacabile, a chiedersi se è figlio di un dio minore- non ci si occuperà nelle note che seguono

⁴ Maggiori dettagli in www.numerama.com, “magazine” del 27 novembre 2011.

⁵ Per il primo grado della saga americana di MS, v. Corte distrettuale USA, District of Columbia, sentenza 3 aprile 2000, *Foro it.*, 2000, IV, 229, con nota di A. Portolano, *Contro un rimedio strutturale nel “caso Microsoft”*, e A. Renda, *Cronaca di una condanna annunciata*.

tempo risolto il problema⁶. La creatura di Larry Page e Sergei Brin non è più, al giorno d'oggi, nella posizione di forza conquistata a partire dal 2004, quando la sua capacità innovativa le permise, dopo sette anni di rincorsa, di scavalcare Yahoo, sin lì padrone del campo. Con ogni probabilità, la marea montante di obiezioni giuridiche al primato del gigante di Mountain View si limiterà a certificare, più o meno involontariamente, l'ascesa di un nuovo sfidante –Apple? Facebook? Amazon?– che catalizzerà gli affanni dei regolatori fra un lustro o giù di lì.⁷ E' già successo in passato, per l'appunto con MS, e prim'ancora con IBM. A riprova della cronica incapacità del diritto antitrust, con la sua tipica proiezione *ex post*, di governare il cangiante settore dell'innovazione tecnologica avanzata: Sherman Act *et similia* potevano andar bene per sorvegliare i rapporti tra imprese dell'industria tradizionale, ma appaiono pericolosamente fuori registro quando si volgono alle nuove dimensioni immateriali⁸.

2. Se, di là dalle molte leggende metropolitane o quasi, Google stia davvero facendo collezione di nefandezze –come sostengono con convinzione le tante voci critiche⁹– è interrogativo cui non si può dare risposta affidante, in mancanza del quadro complessivo (e dei troppi dettagli in cui esso dovrebbe articolarsi). Ma si può senz'altro convenire che non tutto ciò che le viene rimproverato, specie in prospettiva antitrust, sia idoneo a sostenere una serrata requisitoria. Si afferma, per esempio, che Google degrada la velocità di accesso dei concorrenti ai materiali di YouTube, col risultato di derivare un risoluto vantaggio sui rivali. Non entrerà nel merito dell'argomento, in odore di rifiuto di contrattare. Vorrei solo sottolineare com'esso faccia il paio con quello utilizzato, a suo tempo, nei confronti di MS, quando la si accusava di aver disegnato la versione 2000 del suo sistema operativo per *workgroup* in modo tale da non consentire agli OS concorrenti di utilizzare la c.d. Active Directory. Quest'ultima, però, era la parte davvero innovativa del sistema, largamente protetta da IPRs, che attivava una “blue bubble” capace di mettere a disposizione istantanea di migliaia di terminali qualsiasi dato fosse stato inserito in rete da qualunque punto (risultato fuori della portata degli OS concorrenti, che riuscivano al più a sortire la stessa simultaneità per un numero ristretto di macchine interconnesse)¹⁰. Nondimeno, la Commissione ritenne¹¹ –e il Tribunale (allora) di primo grado confermò¹²– che i *competitors* non solo avevano titolo a inter-operare con l'architettura di Windows, com'è ovvio, ma dovevano essere messi nella condizione di essere non meno “fast and effective” dei prodotti MS. Il motivo per cui si scelse una traiettoria di “piena interoperabilità”, piuttosto che una qualsiasi idoneità a interfacciarsi (con implicito invito ai concorrenti a metter mano a una loro “yellow bubble”, magari migliore di quella allestita per Windows) rimane assai discutibile. E l'incertezza sugli incentivi si ripropone nella vicenda odierna. YouTube è stata acquistata da Big G a carissimo prezzo: siamo proprio sicuri ch'esso debba essere messo a disposizione del “crawling and indexing” dei concorrenti su un piano di assoluta parità¹³?

⁶ Lo ventila, ad es., con un tweet del 14 ottobre 2012 (e un coevo scritto di più largo respiro), Tristan Luis, *Why Antitrust Suits Fail*.

⁷ “In what may be considered a rite of passage previously faced by such high-tech giants as IBM, AT&T, Microsoft, and most recently Google, social networking companies are now facing increasing scrutiny under the antitrust laws”: così C.S. Yoo, *When Antitrust Met Facebook*, 19 *George Mason L. Rev.* 1147 (2012).

⁸⁸ Per significativi spunti di riflessione sul punto cfr. W.H. Page e S.J. Childers, *Antitrust, Innovations, and Product Design in Platform Markets: Microsoft and Intel*, disponibile su *ssrn.com*; e G. A. Manne e J. D. Wright, *Google and the Limits of Antitrust: The Case Against the Case against Google*, 34 *Harv. J. Law & Public Policy* 171 (2011).

⁹ Toni diversi, ma ampia trama informativa in I. Lianos e E. Motchenkova, *Market Dominance and Quality of Search Results in the Search Engine Market*, disponibile su *ssrn.com*; A. Renda, *Google il conquistatore. Note sull'istruttoria della Commissione europea*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2012, 273; e A. Urso, *I procedimenti contro Google per abuso di posizione dominante*, di prossima pubblicazione.

¹⁰ Ulteriori indicazioni in R. Pardolesi e A. Renda, *The European Commission's Case Against Microsoft: Kill Bill?*, 27 *World Competition* 513 (2004), nonché *Kill Bill*, Vol. 2, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2007, 575.

¹¹ Commissione Ce 24 marzo 2004, caso COMP/37.792.

¹² Trib. I grado Ce 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Foro it.*, 2008, IV, 114, con nota di R. Pardolesi e G. Colangelo, *Microsoft, i giudici europei e l'antitrust di una volta*.

¹³ Per uno scrutinio analitico dei contrapposti punti di vista al riguardo v. Renda, *Google il conquistatore cit.*, 287 ss.

Merita, forse, maggiore attenzione un altro rimprovero mosso a Google: quello di alterare i risultati della ricerca organica (c.d. *search bias*), posponendo la collocazione in graduatoria di motori verticali concorrenti per mettere in evidenza e favorire i propri analoghi servizi¹⁴. Per orientarsi sul punto, occorre però fare un passo indietro.

3. La prima, e pregiudiziale domanda da porsi, al riguardo, è se esista un mercato (rilevante dal punto di vista antitrust) dei motori di ricerca. La risposta è men che ovvia. Intanto, per ragioni di ordine concettuale. Da tempo, infatti, la dottrina ha sottoposto a revisione critica stringente le tecniche, pur raffinate, solitamente impiegate per definire i confini del mercato da analizzare in chiave antitrust: scelta che, nell'ambito delle pratiche di abuso di posizione egemone (oltre che sul versante delle concentrazioni), finisce per avere importanza pressoché decisiva. V'è chi ritiene che, superati i confini della piena omogeneità del prodotto/servizio alla volta di valutazioni di sostituibilità, la determinazione diventi sostanzialmente autoreferenziale¹⁵; e chi replica che, per essere il meglio notorio nemico del bene, conviene accontentarsi delle approssimazioni disponibili¹⁶.

Ma, più ancora delle perplessità d'impianto, qui le resistenze vanno a radicarsi sulle peculiarità del quadro di riferimento. Mi spiego. Mentre deve darsi per scontato che le *PC queries*, le normali ricerche informative, continuino a rivestire grande importanza, non si ha difficoltà a constatar che la prospettiva a venire, e in realtà già in atto, va a dividersi in due grandi settori: quello delle ricerche specifiche, con motori verticali che forniscono un grado di profondità per Google inattuabile (si pensi a duckduckgo, Kayak, Yelp e via dicendo), da un lato; e, dall'altro, quello delle ricerche su apparati mobili, un campo relativamente nuovo, ma sicuramente sottratto alla pretesa dominazione di Google. Appare, per conseguenza, sorprendente (e, per certi versi, incongruo) che si rimproveri a Google un'egemonia in odore di abuso quando il supposto padrone del vapore appare, piuttosto, impegnato nel tentativo di resistere alla pressione sempre più marcata di nuove e rampanti tecnologie. Mentre il declino incombe, la muta degli accusatori ne sollecita i tempi ...

Si assuma, tuttavia –per amor di discussione–, che il mercato dei motori di ricerca esista per davvero e possa essere utilizzato a fini di analisi antitrust. Si assuma, cioè, che esista una concorrenza fra piattaforme, magari operanti alla stregua di mercati a due versanti¹⁷, che s'ingegnano di guadagnare l'attenzione dei consumatori/fruitori, da rivendere agli inserzionisti pubblicitari, o comunque organizzate secondo una logica di catena verticale¹⁸. Dato questo presupposto, si dovrebbe dare per scontata la dominanza di Google?

La tentazione di rispondere positivamente deriva in linea retta dalla mistica delle quote di mercato. Dati schiacciati in Europa (e in Italia): Google al 90% e più, in odore, dunque, di superdominanza, quella che innesca la “speciale responsabilità” dell'impresa egemone¹⁹. Ma vien fatto di replicare che la dimensione del supposto mercato ben difficilmente rientra nei confini

¹⁴ Si definisce verticale il motore di ricerca che si concentra su categorie strettamente definite di contenuti: la contrapposizione col motore orizzontale, o “general purpose”, che viceversa scruta l'intera rete, non esclude una qualche misura di sostituibilità.

¹⁵ L'impostazione cennata nel testo è portata alle estreme conseguenze da L. Kaplow, *Why (Ever) Define Markets?*, 124 *Harv. L. Rev.* 437 (2010), e da J. Farrell e C. Shapiro, *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition?*, 10 *B.E. Journal of Theoretical Economics*, Art. 9 (2010).

¹⁶ V., nel segno del pragmatismo, P. Sabbatini, *Sull'(ir)rilevanza del mercato rilevante*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2012, ...; nonché H. Nevo e Y. Ilan, *How Relevant is the Relevant Market?*, disponibile su ssrn.com.

¹⁷ Secondo l'impostazione comunemente ricevuta: v., per tutti, D.S. Evans e R. Schmalesee, *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Business*, in corso di pubblicazione in *Oxford handbook on International Antitrust Economics*, a cura di R. Blair e D. Sokol.

¹⁸ Questo diverso approccio, indotto dall'osservazione che un mercato a due lati richiede unicità della transazione (pena, altrimenti, la diluizione pressoché illimitata del concetto), si deve a G. Luchetta, *Google opera in un two-sided market?*, di prossima pubblicazione su *Mercato, concorrenza, regole*.

¹⁹ Sulla nebulosa nozione di “special responsibility” gravante sull'impresa in posizione superdominante v., da ultimo, D. Geradin, a. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition Law and Economics*, Oxford, 2012, 207.

nazionali, e neppure in quelli continentali. E si scopre, allora, che negli US la posizione di Google continua a essere ragguardevole (oltre il 60%), ma con cifre più contenute. E se ci si volge alla Cina, che è ormai dietro l'angolo, si scopre che a menar le danze è Baidu, con Google arroccato su posizioni minoritarie.

Non basta. Perché la traccia offerta dalle quote di mercato, secondo un insegnamento ormai largamente ricevuto²⁰, va sempre presa con cautela e asseverata con la ricognizione di numerosi altri fattori, fra cui spicca, da sempre, la concorrenza potenziale. Orbene, può darsi che l'argomento normalmente utilizzato da Google quando montano le polemiche –quello a tenore del quale “competition is just a click away”- non sia necessariamente dispositivo di ogni questione, ma non si può neppure assumere l'atteggiamento, speculare e contrario, di chi reputa ch'esso non abbia alcun pregio né fondamento. Non foss'altro perché il passaggio dall'uno all'altro motore di ricerca non sarà ovvio, ma non è neppure precluso e rimane a disposizione di chi abbia a nutrire un qualunque motivo d'insoddisfazione sul funzionamento di quello utilizzato: in altre parole, e a differenza della situazione tipica di concorrenza per il mercato, dove “the winner takes all” (magari sequenzialmente), qui i costi di *switching* sono irrilevanti. Avanti un altro, se funziona meglio.

4. I dubbi non mancano, dunque. Mettiamo, tuttavia, che, a dispetto delle perplessità dianzi, enunciate, il mercato (rilevante) dei *search engines* sussista e che Google lo domini: è davvero plausibile che Big G sia attivamente impegnato nella manipolazione dei risultati naturali prodotti dall'algoritmo di ricerca? E questo a fini di postergazione dei concorrenti, in pro dei suoi servizi?

Alla prima domanda non si può che rispondere positivamente. Google manipola costantemente l'algoritmo di ricerca, per renderlo più funzionale alle esigenze di chi lo impiega e conservare, quindi, il primato delle preferenze degli utilizzatori. Guai a non farlo, sedendosi sugli allori del progresso: le alternative concorrenti aspettano solo un segno di debolezza²¹. Inoltre, le manipolazioni difensive sono rese necessarie dalle manipolazioni di chi cerca di alterare i risultati naturali della ricerca. Di là dalla costante implementazione delle qualità richieste a un motore di ricerca (qualità significative, se è vero che il vantaggio di *first mover* non è valso a preservare l'originario vantaggio di AltaVista e poi quello di Yahoo), gioca anche la difesa contro le manipolazioni esogene. E' noto, infatti, quanto siano diffuse le attività di “search engine optimization”, SEO, intese a migliorare la posizione di un sito nelle graduatorie di Google: ciò avviene, talora, attraverso tecniche che implementano la visibilità di un indirizzo (e si parla allora di “white hat SEO”), talaltra con vere e proprie tecniche distorsive (nel qual caso il cappello si fa nero)²². Che Google cerchi di arginare le ricadute negative di queste attività è soltanto meritorio: con la conseguenza di far cadere il velo sulla presunta intangibilità/neutralità dell'algoritmo, che –se lasciato a se stesso- sarebbe destinato a rapidissimo degrado.

Superato lo scoglio di un neutralismo utopico (quanto foriero, in caso di applicazione integralista, di ripercussioni devastanti), rimane da appurare se vi sia margine per un più malizioso *blacklisting*, ossia di una discriminazione mirante a privilegiare le offerte ‘domestiche’. Al riguardo, bisogna chiedersi quale sia la pratica che si assume abusiva. Si tende a rispondere con l'evocazione dell'effetto di leva (c.d. *leveraging*), senza ulteriori elaborazioni: quasi che si trattasse della fatica dell'ovvio. Ma non è ben chiaro se quella leva debba servire a far sì che il potere detenuto nel mercato generale della ricerca organica si trasferisca in quello, ancora più avventuroso, dei motori verticali specializzati in un settore specifico. O se, piuttosto, il movimento proceda all'incontrario, nel senso che Google, a partire dal 2007, ha cominciato a importare nel quadro della ricerca generale i risultati delle esplorazioni in verticale, appropriandosi della loro specificità per proiettarla sul piano allargato. Nel primo caso, verrebbe fatto di ricordare che la teoria del *leverage*, tanto cara ai nostalgici di un antitrust vecchio stile, è stata ampiamente battuta in breccia dai mentori della

²⁰ V., indicativamente, D. W. Carlton e J. M. Perloff, *Modern Industrial Organization*, 4th ed., London, 1990, 644.

²¹ Urso, cit., anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

²² V. riassuntivamente M. R. Patterson, *Google and Search Engine Market Power*, disponibile su ssrn.com.

Scuola di Chicago, inflessibili nel rilevare l'incongruità della pretesa di derivare più profitti monopolistici in ordine a un'offerta comunque unitaria²³, senza che gli sviluppi posteriori siano davvero valsi a rianimare, sia pure in versione più castigata, i pregiudizi del passato: meno che mai con riguardo a un quadro in cui riesce difficile distinguere l'una dimensione dall'altra. E proprio quest'ultima osservazione consente di far luce anche sulla seconda ipotesi ricostruttiva. Quella di far rifluire nella ricerca generale i risultati dei servizi verticali è un'innovazione di grande rilievo, certamente provvida per gli utilizzatori²⁴. Il problema non è l'offerta della mela, che rappresenta un sicuro vantaggio, ma il pericolo che il frutto sia avvelenato: fuor di metafora, che l'informazione aggiuntiva sia deviante. E qui si può solo rilevare che una politica informativa così connotata rischierebbe di creare sconquassi ad entrambi i livelli, compromettendo la credibilità del servizio verticale domestico e quella del motore principale di ricerca²⁵. Se, come opina MS in un sito, *scroogled.com*, aperto di recente con lo scopo dichiarato di raccogliere/richeggiare il malcontento montante²⁶, Google gioca con la credulità dei fruitori, spacciando per organici risultati che derivano invece da investimenti pubblicitari, la reazione da "click away" non tarderà a scattare.

5. Ma Google, ecco l'ulteriore obiezione, è il nodo strategico: o figuri nei primi gradini del *ranking* della ricerca, con i magnifici destini che ne discendono, oppure non esisti²⁷. Big G decide dell'altrui vita o morte commerciale, con una semplice (e, magari, ricattatoria) inversione dei ruoli nella sua classifica. Va rilevato, per inciso, come, per questa via, si finisca per uscire dal solco dell'antitrust: come dimostrato dal precedente cinese di *Tangshan Renren Information Service Company v. Baidu*²⁸, la postergazione di un sito potrà anche integrare gli estremi dell'illecito (contrattuale o aquiliano) ma, di per sé, non rileva a fini concorrenziali.

Ad ogni buon conto, che acquisire visibilità in internet sia cruciale è cosa di cui, come dimostra il proliferare di SEO, non si ha ragione di dubitare. Ma di qui ad assumere che Google sia tenuto ad assicurare priorità ai servizi verticali concorrenti ne corre, e neppure poco. Ancora peggio se l'unico modo di sottrarsi a tale obbligo consistesse nel rinunciare *in toto* a fornire quel genere di dati. Per tale via, infatti, la protezione dei concorrenti passerebbe per la penalizzazione selvaggia dell'interesse dei consumatori: come si è rischiato di fare nel caso *Bottin*, sfiorando l'inibizione del

²³ Contro la 'mistica' della teoria della leva ha scritto pagine memorabili Robert H. Bork, vera leggenda dell'antitrust, scomparso mentre andavo componendo queste note. Dopo il suo libro - *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, pubblicato nel 1978 -, nulla è stato più come prima nell'elaborazione dottrina (e giurisprudenziale) in materia.

²⁴ "Google's specialized search is a product improvement in search. Effectively supplying that innovation requires allowing consumers to identify those specialized search results easily. This innovation adds value to Google search from the perspective of both consumers and advertisers. Google's critics have attempted to cast this innovation as a form of foreclosure—that Google uses market power in general search to foreclose vertical search providers (such as Amazon, Yelp, and Nextag) from the market by ranking its own specialized search results higher. As a matter of economic analysis, however, Google has no incentive to foreclose competitors from search because doing so is unlikely to offer additional at the potential cost of driving away consumers": così R. H. Bork (nell'ultimo lavoro cui, per quanto consta, l'a. abbia messo mano) e J. G. Sidak, *What Does the Chicago School Teach About Internet Search and the Treatment of Google?*, 2012 *J. Competition L. & Econ.* 1, 4.

²⁵ Incalza D. Balto, *What Consumers Want in FTC v. Google*, in *The Hill's Congress Blog* del 2 novembre 2012: "any effort to take advantage of consumers would invite a quick response from the public, because competition is just a click away. Moreover, search succeeds because each of the search firms must constantly attract consumers – so consumer sovereignty is the lodestar that guides their business".

²⁶ Per l'unico lettore distratto: l'indirizzo del sito combina il nome dell'avidissimo personaggio dickensiano del "Canto di Natale" col *trade name* dell'odiato avversario.

²⁷ Secondo taluni studi empirici, il primo risultato delle ricerche su Google verrebbe 'cliccato' da più del 50% degli utenti, il secondo dal 22%, il terzo dal 15%. A partire dal settimo, si va sotto l'1%: cfr. Renda, *Google il conquistatore* cit., 281.

²⁸ Per ulteriori indicazioni sul caso *Baidu* (Civil Case No. Yizhongminchuzi 845/2009, rinvenibile, in sola lingua cinese, su <http://www.chinacourt.org/zhibo/zhibo>), v. R. Pardolesi, *Monopoly Agreements and Abuse of Dominance: Some Remarks About the Substantive Rules*, in *Competition Policy and Regulation. Recent Developments in China, the US and Europe* (a cura di M. Faure e X. Zhang), Cheltenham, UK, 2011, 281, 297-8.

servizio di cartografia digitale, fornito gratuitamente *à tout le monde* da Google Maps, per permettere a Bottin di continuare a vendere i suoi servizi alle imprese²⁹.

In salsa lievemente diversa, l'argomento viene riproposto col dire che, per essere Google in pari tempo giudice (motore di ricerca) e operatore interessato (in quanto fornitore di servizi), il conseguente conflitto d'interessi consiglia di dar luogo alla separazione (quanto meno funzionale) delle due attività, come si ricordava in esordio. Con una nota di radicalismo in più, si viene addirittura ventilando l'opportunità di una regolamentazione cogente, non troppo lontana da quella che, a colpi di Dodd-Frank Act, è stata imposta negli US alle agenzie di *rating*³⁰. Così si entra, credo, in una dimensione stravolta, che acquista in fretta i tratti dell'incubo da integralismo concettuale. Se il discorso dovesse davvero imboccare una china siffatta, tanto varrebbe replicare aggrappandosi all'idea, non meno forzante, che si debba dare ingresso a una qualche protezione da "free speech" per gli elaboratori elettronici e gli algoritmi che li animano³¹. *À la guerre comme à la guerre!*

6. Non è finita. Perché, con la pretesa di rimanere nello stesso solco, a Google si rimprovera il vantaggio della scala allargata delle sue operazioni. Più ricerche, migliori risultati: s'innesci così un circolo vizioso (o virtuoso?) che i rivali non possono replicare, perché rimane fuori della loro portata, mentre il divario qualitativo continua ad allargarsi all'infinito³².

La tesi non convince. Da un lato, essa val quanto condannare Google per la sua efficienza: la tentazione di farlo, in Europa, emerge ad ogni piè sospinto, mentre viene fieramente respinta negli US, con i *dicta* intransigenti di Antonin Scalia³³. Dall'altro lato, come già anticipato, concorrenti 'impropri' come Twitter e Facebook appaiono già ora in grado di fornire strumenti di ricerca di contenuti in rete con un livello di 'profilazione' e attinenza ai reali interessi dell'utenza semplicemente precluso a Google (da qui, non a caso, la ridefinizione in chiave di convergenza della gestione dei dati personali della clientela nei vari servizi offerti, ridefinizione che tante perplessità suscita dal punto di vista della privacy informatica). Non ha molto costruito rimproverare a Big G ciò che gli altri fanno in maniera assai più incisiva.

7. Conclusivamente (si fa per dire) sul punto. Può darsi che Google dia informazioni decettive, distorte, scorrette. Ma il rilievo di queste pratiche, se davvero ricorrono (e non riflettono le ubbie di rivali frustrati), si colloca a un livello diverso da quello, normalmente invocato, dell'intervento antitrust. *Un fair competition*, da gestire, eventualmente, con i parametri meno asfittici della Section 5 FTC Act?³⁴ Pratiche sleali nei confronti dei consumatori? C'è da credere che una siffatta traiettoria non entusiasmi i promotori della crociata anti-Google: i rimedi a disposizione, sui versanti indicati, non prendono di petto il problema della "bigness" di Big G ...

8. Le traiettorie d'attacco, come già detto, sono molteplici. E non tutte immediatamente afferenti alla disciplina antitrust. A mo' di chiusura di queste brevi note, ne citiamo una che si distingue per il livello attinto: il formante legislativo.

²⁹ V. R. Pardolesi e A. Urso, *Di mappe multimediali, prezzi predatori e benessere dei consumatori* (nota a Trib. Comm. Paris 31 gennaio 2012), *Foro it.*, 2012, IV, 204.

³⁰ Così, da ultimo, M. R. Patterson, *Manipulation of Product Ratings: Credit-Rating Agencies, Google, and Antitrust*, in *CPI Antitrust Chronicle*, April 2012 (1).

³¹ "Do machines speak? If so, do they have a constitutional right to free speech?": così esordisce Tim Wu sul New York Times del 19 giugno 2012. L'elaborazione accademica dell'argomento, su commissione del colosso di Mountain View, si deve a E. Volokh e D.M. Falk, *First Amendment Protection for Search Engine search Results*, disponibile su ssrn.com.

³² "Avere più richieste di ricerca significa poter aggiornare più velocemente l'algoritmo, poter mostrare risultati statisticamente difficili da raggiungere per i motori più piccoli": sul potere dei *big data* richiama l'attenzione Renda, *Google il conquistatore* cit., 277.

³³ D'obbligo il rinvio al caso *Verizon Commc'ns, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004).

³⁴ Lo suggeriscono, ad es., R. H. Lande e J. L. Rubin, *How the FTC Could Beat Google*, in *CPI Antitrust Chronicle*, October 2012 (1).

Proprio così. I bene informati assicurano che il Parlamento tedesco si accinge a varare la “Lex Google”, ossia una disciplina dichiaratamente finalizzata a imporre agli aggregatori di notizie, Big G in testa, il pagamento di un’ adeguata remunerazione in favore degli editori di giornali, cartacei ed elettronici, rispetto ai quali il motore di ricerca stabilisca *links*³⁵. La ragione per l’intervento legislativo è presto detta: Google(News) si appropria a costo zero dei contenuti onerosamente prodotti dai media; in altre parole, fonda (una parte del)le sue fortune su un vero e proprio *free ride*, se si preferisce su un’operazione sistematica di sciacallaggio. L’ovvia replica, da parte dei responsabili del motore di ricerca, va nel senso di sottolineare il contributo della propria attività all’aumento dell’audience digitale dei siti massmediatici attraverso le pratiche di reindirizzamento da Google, proponendo una ricostruzione in termini di “uovo e gallina” e agitando, in quest’ordine di idee, la minaccia di rimuovere dai risultati di ricerca i link ai siti per i cui contenuti sono pretesi compensi.

L’iniziativa teutonica non ha precedenti. Ma la logica cui s’ispira è largamente condivisa. In Italia gli editori invocano a gran voce la necessità di porre rimedio a una situazione insostenibile. E il governo transalpino non ha fatto mistero del suo intendimento di propiziare un’intesa fra organi di stampa e le *web companies* guidate dalla casa di Mountain View. Ancora. In Brasile 150 testate si sono collettivamente accordate per vietare la “googlizzazione” dei propri prodotti cartacei (mentre quelli on-line continuano ad essere indicizzati). Ed è di questi giorni la notizia secondo cui, dopo sette anni di braccio di ferro (giudiziario e non), gli editori belgi hanno raggiunto un accordo soddisfacente con Big G: accordo che si dice comporti qualche forma di compensazione per un’industria in grave crisi, anche se Google smentisce risolutamente qualsivoglia concessione sul piano del ristoro monetario (per le ovvie implicazioni di un precedente siffatto).

Una sola notazione. Il problema in discussione non riguarda il diritto d’autore. Rispetto alle prime righe di un articolo, seguite da un link al testo completo, sarebbe assai difficile andare oltre la soluzione divisata, sulla scorta dell’esito di un contenzioso celebre quanto datato³⁶, dall’art. 101 l. 633/41 (da coordinare, va da sé, con l’art. 65 della stessa legge, che annovera fra le utilizzazioni libere, oggi rubricate come eccezioni, la ripubblicazione di articoli di attualità varia la cui riproduzione non sia stata riservata). Piuttosto, la Lex Google andrebbe a proibire ogni tipo d’indicizzazione e *linking*, travolgendo siti web che –si pensi a Wikipedia- si basano sulla tecnica delle citazioni di fonti di riferimento. Come qualcuno ha sapidamente osservato, ghigliottinare i contenuti, secondo le pretese dei *big media* in odio a Big G, cambierebbe l’ecosistema di internet e finirebbe per apportare un serio *vulnus* alla stessa libertà di espressione di cui quei *media* si fanno paladini Siamo sicuri di volerlo?³⁷

³⁵ A detta della Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger, “Verlage sollen im Online-Bereich nicht schlechter gestellt werden als andere Werkvermittler”. Di qui la proposta d’introdurre un “Leistungsschutzrecht für Presseverleger”, ossia un nuovo diritto connesso volto a coprire anche gli *snippets* utilizzati dagli aggregatori di notizie.

³⁶ Si allude al caso *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (1918).

³⁷ A scritto già licenziato per la stampa, la FTC ha reso nota, con uno *statement* datato 3 gennaio 2013 (<http://www.ftc.gov/os/2013/01/130103googlesearchstmtofcomm.pdf>), la decisione unanime di chiudere l’indagine sull’asserito *search bias* (v. *supra*, nt. 1). La Commissione ha concluso che “le prove presentate non supportavano l’allegazione che la presentazione, da parte di Google, del suo contenuto verticale in cima alla pagina dei risultati di ricerca sia stata una modificazione del disegno del prodotto intrapresa in difetto di una legittima giustificazione commerciale”. Del pari, “non è stata rinvenuta prova del fatto che Google abbia manipolato i suoi algoritmi di ricerca al fine di penalizzare slealmente i siti verticali concorrenti con quelli di sua proprietà”. Nell’un caso e nell’altro è plausibile ipotizzare che si tratti di scelte intese a migliorare la qualità complessiva del prodotto, scelte che possono pregiudicare i rivali (come normalmente avviene nell’ambito di una sana concorrenza di merito), senza che la FTC possa operare al riguardo un “second guessing”.

La maggioranza (contrastata, quanto ai profili sostantivi, dai Commissari Rosch e Ohlhausen, e per quelli procedurali anche dalla Ramirez) ha invece espresso preoccupazioni circa le accuse di “scraping”, ossia di appropriazione indebita dei contenuti di siti rivali (minacciati di *de-listing* in caso di protesta per lo ‘scippo’), e di pratiche miranti a ostacolare il “*multihoming*”, vale a dire la possibilità, per i pubblicitari, di operare simultaneamente su Google e su altri motori di ricerca. Su entrambi i profili, la casa di Mountain View si è impegnata, senza formale intervento della FTC, a desistere dalle condotte contestate, concedendo ai titolari dei siti verticali la possibilità di “*opt-out*”, cioè di non far apparire i propri contenuti nelle articolazioni verticali di Google, e rimuovendo le restrizioni contrattuali sull’uso delle

“application programming interfaces” (API), che consentono l’ottimizzazione a compasso allargato delle campagne pubblicitarie.