
Primi cenni di regolazione europea nell'economia dei dati*

Agostino Sola

Abstract

L'articolo si propone di osservare il mutato approccio delle autorità di regolazione, tanto in chiave *ex ante* quanto in chiave *ex post*, con riferimento al fenomeno delle economie dei dati che stanno ormai ridefinendo gli assetti economici mondiali.

In un primo momento, a carattere descrittivo, si osserva brevemente il fenomeno oggetto di regolazione: in chiave *ex ante* si seguiranno le proposte che la Commissione europea ha presentato sul tema, priorità dell'esecutivo europeo; in chiave *ex post* si seguirà l'evoluzione dell'approccio giurisdizionale (cartina tornasole della mutata sensibilità) per valutare l'attualità e l'efficacia dell'*antitrust enforcement*.

Da ultimo, chiarito l'attuale quadro regolatorio, ci si sofferma sulla necessità di eventuali interventi di riforma sulla scia di un recente rapporto di indagine derivante dall'esperienza americana.

The article aims to observe the changed approach of the regulatory authorities, both in an *ex ante* and an *ex post* key, with reference to the phenomenon of data economies that are now redefining global economic assets.

At first, of a descriptive nature, the phenomenon subject to regulation is briefly observed: in an *ex ante* key, the proposals that the European Commission has presented on the subject, a priority of the European executive, will be followed; in an *ex post* key, the evolution of the jurisdictional approach (test of changed sensitivity) will be followed to assess the relevance and effectiveness of *antitrust enforcement*.

Finally, having clarified the current regulatory framework, we focus on the need for any reform measures in the wake in a recent survey report deriving from the American experience.

Sommario

1. La rilevanza della *data driven innovation*: non solo una questione di imprenditorialità private. - 2. La regolazione *ex ante* in Europa: dalla Data Strategy... - 2.1. (segue)... verso il Data Governance Act. - 2.2. (segue)...le proposte di Digital Services Act e Digital Market Act. - 3. Le piattaforme digitali: regolazione dei rapporti con le

* Su determinazione della direzione, il contributo è stato sottoposto a referaggio a doppio cieco in conformità all'art. 15 del regolamento della Rivista

imprese. – 4. L'antitrust *enforcement* in Europa alla prova dei dati (personali e non). – 4.1. I dati quali parametro di valutazione di condotte lesive della concorrenza: il caso *Google Shopping* (2017). – 4.2. Il ruolo dei dati nelle fusioni e concentrazioni societarie: dal caso *Microsoft/Skype* (2011) alla sanzione (successiva) nel caso *Facebook/Whatsapp* (2014). – 4.3. Il cambio di prospettiva nelle fusioni più recenti: la *data separation* per evitare concentrazioni di dati nel caso *Google/Fitbit* (2020). – 4.4. Lo sfruttamento dei dati quale abuso di posizione dominante: il caso *Amazon* AT.40462. – 5. L'efficacia degli attuali strumenti antitrust. – 6. Spunti e riflessioni dall'America: la rinnovata necessità di un intervento del legislatore. – 7. Qualche conclusione tra attuali tendenze e discontinuità degli interventi

Keywords

regulation - data driven economies - innovation - antitrust law - competition policy

1. La rilevanza della data driven innovation: non solo una questione di imprenditorialità privata

Nonostante la raccolta e l'elaborazione di dati sia da sempre un elemento necessario per lo sviluppo tanto economico quanto politico-sociale¹, nell'attuale contesto, caratterizzato da inedite capacità tecnologiche, il ruolo fondamentale dei dati è indiscusso. La rivoluzione digitale in atto è, infatti, dominata dalla grande disponibilità di dati² e da tecniche di corretta utilizzazione³ che hanno portato alla nascita delle economie data driven quali sistemi economici caratterizzati, in via di prima approssimazione, per l'utilizzo di big data: si deve dare, infatti, conto dell'esistenza di tecnologie che consentono la raccolta, l'estrazione, la memorizzazione e l'elaborazione di ingenti quantità di dati (personali e non)⁴ come mai era stato possibile sin ora. I dati raccolti sono poi processati tramite algoritmi al fine di trarne informazioni nuove e rilevanti, tendenze e/o modelli predittivi utili per contribuire all'efficienza e alla qualità di processi produttivi tradizionali ovvero qualificare in termini di innovazione e di personalizzazione

¹ Dai primi censimenti della popolazione aventi finalità fiscali alle ricerche empiriche per lo sviluppo di prodotti: la raccolta e l'analisi dei dati a disposizione è un elemento tipico del ragionamento deduttivo, ciascuna decisione muove dall'osservazione della realtà rappresentata mediante dati economici, sociali, ambientali.

² Il volume dei dati prodotti a livello mondiale è in rapida crescita, dai 33 zettabyte del 2018 ai 175 zettabyte previsti nel 2025 (Report IDC 2018, richiamato nella COM(2020) 66 final).

³ Senza adeguata tecnologia, infatti, l'acquisizione di grandi quantità di dati – inintelligibili alla conoscenza umana - rimarrebbe fine a se stessa e priva di qualsiasi utilità pratica e, quindi, di rilevanza economica. La rilevanza dei *big data* è comunque tale da aver portato alla creazione di modelli di business concentrati unicamente nella raccolta e nell'analisi degli stessi.

⁴ La distinzione tra dati personali o non personali ha carattere generale: ad esempio, i dati generati da sensori di temperatura domestici possono essere di natura personale se riferiti a una persona vivente, mentre quelli sull'umidità del suolo sono non personali. I dati personali possono essere trasformati in dati non personali mediante anonimizzazione. Ed ancora, i dati possono essere prodotti da macchine tramite processi, applicazioni o servizi informatici, senza intervento umano diretto, oppure da sensori che trattano informazioni provenienti da apparecchiature, software o macchine, virtuali o reali.

l'offerta di beni e servizi, digitali e non⁵.

In questo contesto la centralità dei dati viene riconosciuta anche a livello europeo tanto nelle politiche di regolamentazione *ex ante* in materia di circolazione ed utilizzo (anche economico) dei dati quanto nella rinnovata attenzione per gli illeciti antitrust commessi attraverso l'utilizzo e lo sfruttamento dei dati, anche personali.

L'attenzione dell'UE per i temi legati all'utilizzo dei dati (tanto in chiave di regolazione *ex ante* quanto di controllo *ex post*) potrebbe portare all'emersione di un terzo modello di disciplina del fenomeno delle economie data driven in grado di riportare equilibrio tra il sistema americano e quello cinese. Nel primo, infatti, la tendenza è di favorire l'efficienza del mercato, tutto sbilanciato verso i privati, con ripercussioni significative in termini di concentrazione di potere. Nel secondo, invece, la tendenza è di favorire principalmente l'utilizzo pubblico di dati, con l'emersione di importanti questioni in tema di rispetto dei diritti fondamentali e fenomeni di mass surveillance⁶. Il ruolo dell'Europa potrebbe essere individuato nella mediazione delle istanze economiche proconcorrenziali con le istanze sociali dettate dal rispetto dei diritti fondamentali e, più in generale, della rule of law, così da porsi quale modello di riferimento per una metodologia di raccolta e utilizzo di dati che abbia quale guida l'interesse del singolo, conformemente ai valori, ai diritti fondamentali e alle norme.

È la stessa Commissione ad indicare la volontà politica di far diventare l'Unione europea un modello di riferimento mondiale per l'economia digitale⁷.

2. La regolazione *ex ante* in Europa: dalla Data Strategy...

Nonostante il fenomeno delle economie data driven non sia oggetto di specifiche disposizioni normative⁸, la Commissione europea ha iniziato il proprio percorso verso

⁵ In tema si veda il Rapporto OECD, *Data-Driven Innovation. Big Data for Growth and Well-Being*, 2015.

⁶ L'osservazione è contenuta nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Una strategia europea per i dati*, COM/2020/66 final.

⁷ Anche se occorre osservare come non siano numerose le piattaforme digitali competitive a livello mondiale nate in Europa, si pensi a Skyscanner e BlaBlaCar. Nel complesso, ancora, l'UE contribuisce solo al 4% della capitalizzazione totale del mercato delle maggiori piattaforme online, la stragrande maggioranza delle quali ha avuto origine negli Stati Uniti e in Asia: SWD(2016) 172 final "Online Platforms", documento di lavoro della Commissione che ha accompagnato la comunicazione *Le piattaforme online e il mercato unico digitale*, COM(2016) 288 final.

⁸ In realtà occorre osservare come nel GDPR (artt. 22 ss.) si registra una prima regolamentazione delle decisioni automatizzate che trattino dati personali. I sistemi di automatizzazione delle decisioni caratterizzano le economie *data driven*. In tal senso, infatti, l'art. 22 introduce il diritto a che l'interessato non venga sottoposto – e, quindi il relativo diritto ad opporsi – ad una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato - compresa la profilazione - che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida significativamente sulla sua persona. Il Regolamento non definisce i concetti di "giuridico" o "in modo analogo significativi". Sul tema, però, nuovamente occorre fare riferimento alle *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679* (WP251) secondo cui un "effetto giuridico" possa riferirsi a tutte quelle decisioni, basate unicamente su un trattamento automatico, che incidano sui diritti giuridici di una persona, quali la libertà di associarsi ad altre persone, di votare nel contesto di un'elezione o di intraprendere azioni legali ovvero che

un approccio globale all'economia dei dati, riconosciuti quale elemento centrale di tutti i sistemi economici e delle società innovativi e moderni, e quale vera e propria "linfa vitale dello sviluppo economico".⁹ L'obiettivo che la Commissione si è posta è quello di incrementare l'utilizzo e la domanda di dati e di prodotti e servizi basati sui dati in tutto il mercato unico¹⁰.

La strategia digitale dell'UE viene posta tra le sei priorità della Commissione per il 2019-2024. Per ogni priorità, poi, la Commissione individua delle azioni per raggiungere gli obiettivi prioritari¹¹.

Tra le azioni di interesse ai fini del presente lavoro si seguiranno gli sviluppi della strategia europea in materia di dati, formalizzata nel febbraio 2020 dalla Commissione¹².

La Commissione, infatti, dà atto delle potenzialità connesse all'uso dei dati nelle tecnologie digitali e manifesta la chiara ambizione di diventare il modello di riferimento per una società che, grazie ai dati, possa disporre di strumenti per adottare decisioni migliori, tanto nel settore privato quanto nel settore pubblico¹³. L'importanza di una regolazione comune in materia di circolazione, utilizzo e riutilizzo di dati (anche pubblici)¹⁴ nel mercato unico viene radicata nell'esigenza di creare un'alternativa alle

possano sullo status giuridico di una persona o sui suoi diritti ai sensi di un contratto. Quanto agli "effetti analoghi", invece, si deve ritenere che il Regolamento faccia riferimento all'impatto significativo delle decisioni automatizzate che, pur non coinvolgendo diritti umani, colpiscano significativamente altri interessi: le linee guida riportano, ad esempio, decisioni che negano a una persona un'opportunità di impiego o pongono tale persona in una posizione di notevole svantaggio.

⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Una strategia europea per i dati*, COM(2020) 66.

¹⁰ Sin dal 2014 la Commissione ha intrapreso una serie di iniziative per facilitare lo sviluppo di un'economia agile basata sui dati, quali il regolamento sulla libera circolazione dei dati non personali (Regolamento (UE) 2018/1807); il regolamento sulla cibersicurezza (Regolamento (UE) 2019/881); la direttiva sui dati aperti (direttiva (UE) 2019/1024); il regolamento generale sulla protezione dei dati (Regolamento (UE) 2016/679). Nel 2018, ancora, viene presentata per la prima volta una strategia per l'intelligenza artificiale, concordando un piano coordinato con gli Stati membri.

Sul punto, allora, pare di interesse ricordare che, nelle sue comunicazioni del 25 aprile 2018 e del 7 dicembre 2018, la Commissione europea ha definito la sua visione a sostegno di un'intelligenza artificiale che sia «etica, sicura e all'avanguardia realizzata in Europa». Ed ancora, nello *Statement on Artificial Intelligence, Robotics and 'Autonomous' Systems* presentato alla Commissione dall'*European Group on Ethics in Science and New Technologies* in sono individuati nove «principi etici e requisiti pre-democratici» che dovrebbero fornire una guida futura per legislatori, regolatori e giudici: dignità umana; autonomia; responsabilità; giustizia, equità e solidarietà; democrazia; *rule of law and accountability*; sicurezza, integrità fisica e mentale; protezione dei dati e privacy; sostenibilità.

¹¹ Le azioni proposte in materia di tecnologia dei dati sono relative a nove ambiti ritenuti fondamentali: intelligenza artificiale, legge sui servizi digitali (piattaforme online), strategia europea in materia di dati, cibersicurezza, strategia industriale europea, competenze digitali, calcolo ad alte prestazioni (HPC), connettività e legge sui mercati digitali.

¹² Il riferimento è, ancora una volta, alla comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Una strategia europea per i dati*, COM(2020) 66, presentata a Bruxelles il 19 febbraio 2020.

¹³ Sfruttando i vantaggi di un migliore utilizzo dei dati si arriva ad una maggiore produttività ed a mercati competitivi, ma anche a miglioramenti in materia di salute e benessere, ambiente, amministrazione trasparente e servizi pubblici convenienti.

¹⁴ Seguendo la politica consolidata a livello europeo di accessibilità delle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni, oggetto di specifica disciplina: da ultimo, direttiva (UE) 2019/1024, che abroga la direttiva 2003/98/CE rivista dalla direttiva 2013/37/UE. I dati messi a disposizione dal settore pubblico sono poi utilizzati tanto dalle imprese quanto dalla società civile e dalla comunità

grandi imprese tecnologiche che detengono attualmente buona parte dei dati disponibili a livello mondiale. A ciò si aggiunge la considerazione della primazia dei valori e dei diritti fondamentali europei e della convinzione che l'essere umano sia e debba rimanere l'elemento centrale.

In primo luogo, occorre garantire una maggior circolazione di dati, siano essi detenuti da istituzioni pubbliche ovvero da privati. Se nel settore pubblico la condivisione ed il riutilizzo di dati è una prassi ormai propria dell'Unione Europea, lo stesso non può dirsi della condivisione dei dati tra imprese (business-to-business, B2B)¹⁵.

Diretta conseguenza di una maggior condivisione di dati sarebbe la riduzione della concentrazione di potere di mercato in capo a pochi operatori e il superamento degli squilibri attualmente presenti nei mercati digitali.¹⁶

Gli ostacoli che la Commissione individua al perseguimento dei propri obiettivi in materia di economia dei dati vengono ricondotti ai seguenti ambiti:

- disponibilità dei dati (condivisione, utilizzo, concentrazioni di dati e potere di mercato, carenza di interoperabilità);
- mancanza di una governance per l'utilizzo dei dati a livello sociale ed economico;
- carenza di infrastrutture e tecnologie di dati (servizi cloud, centri di dati) e conseguenti fenomeni di dipendenze tecnologiche;
- esercizio dei diritti connessi da parte dei consumatori;
- competenze digitali e alfabetizzazione ai dati;
- cibersicurezza.

Poste queste premesse, la strategia europea in materia di dati si articola su quattro pilastri.

Il primo di questi è volto alla realizzazione di un «quadro di governance intersettoriale per l'accesso ai dati e il loro utilizzo»¹⁷. Riconosciute le attuali difficoltà all'accesso ed all'utilizzo dei dati, la Commissione punta ad una regolamentazione di contesto che possa consentire lo sviluppo di ecosistemi vivaci, dinamici e vividi. La scelta di una regolamentazione di contesto (e, quindi, una regolamentazione *ex ante* meno rigida)

scientifico, nel quadro di valutazioni indipendenti delle politiche pubbliche. È il flusso di dati cd. government-to-business, G2B.

¹⁵ Secondo la Commissione ciò sarebbe dovuto alla mancanza di incentivi economici (compresa la paura di perdere un vantaggio concorrenziale), alla mancanza di fiducia reciproca tra operatori economici quanto a un utilizzo dei dati conforme agli accordi contrattuali, agli squilibri in termini di potere negoziale, al timore dell'appropriazione indebita dei dati da parte di terzi e a una mancanza di chiarezza giuridica in merito a chi può fare cosa con i dati (ad esempio per i dati generati congiuntamente, in particolare i dati IoT).

¹⁶ I mercati digitali costituiscono un esempio di economia basata sui dati, con l'ulteriore peculiarità che gli stessi operatori economici generano dati dalle interazioni digitali degli utenti e, successivamente, analizzati e rielaborati, ne traggono ulteriore valore commerciale, come, ad esempio, con la vendita di spazi pubblicitari mirati. Il dibattito sul funzionamento dei mercati digitali e sulla concentrazione di potere di mercato che li caratterizzava, sul tema, ad esempio, Le sfide dell'antitrust in una economia che cambia. M. Filippelli, *Nota a margine di un convegno*, in *Concorrenza e Mercato*, 25, 2018, 119 ss.

¹⁷ Azioni principali: proposta di un quadro legislativo per la governance degli spazi comuni europei di dati (4° trimestre 2020); adozione di un atto di esecuzione sui set di dati di elevato valore (1° trimestre 2021); proposta, se del caso, di una legge sui dati (2021); analisi dell'importanza dei dati nell'economia digitale (ad esempio mediante l'osservatorio dell'economia delle piattaforme online) e riesame dell'attuale quadro strategico nel contesto del pacchetto relativo alla legge sui servizi digitali (4° trimestre 2020);

consente un approccio flessibile ad un fenomeno eterogeneo in costante evoluzione e movimento. Detta regolamentazione si individua mediante la creazione a livello nazionale ed europeo di “strutture di governance” per l’utilizzo di dati e la creazione di spazi comuni di dati che operino a legislazione invariata e, al più, indicando le priorità tra le norme esistenti e quelle che dovranno essere elaborate in futuro.

In tale pilastro, particolare importanza viene anche riconosciuta alla circolazione dei dati del settore pubblico di qualità più elevata, in particolare in considerazione del potenziale che rappresentano per le PMI: non solo, però, la condivisione di dati pubblici ma anche incentivare la condivisione orizzontale dei dati a livello intersettoriale.

Particolare attenzione è dedicata agli effetti distorsivi derivanti dall’eccessivo possesso di dati, tanto con riferimento ai possibili effetti sulla concorrenza dell’accumulo di dati su vasta scala mediante acquisizioni quanto nelle ipotesi di aiuti di Stato, nella relazione tra il sostegno pubblico alle imprese (ad esempio per la trasformazione digitale) e la riduzione al minimo delle distorsioni della concorrenza mediante requisiti in materia di condivisione dei dati applicabili ai beneficiari. Ed ancora, poi, sarà oggetto di particolare attenzione l’accumulo di ingenti quantità di dati da parte delle grandi imprese atteso l’ormai pacifico ruolo dei dati nella creazione o nel rafforzamento di squilibri nel potere contrattuale.

Il secondo pilastro si concentra sugli “abilitatori” e sugli «investimenti nei dati e rafforzamento delle infrastrutture e delle capacità europee per l’hosting, l’elaborazione e l’utilizzo dei dati, l’interoperabilità»¹⁸ onde rafforzare gli investimenti pubblici volti a rafforzare la sovranità tecnologica dell’Europa per l’economia agile basata sui dati e prevedendo spazi europei di dati e infrastrutture cloud federate (ossia interconnesse). L’obiettivo è quello di creare e rafforzare i sistemi per la condivisione dei dati per rispondere alle esigenze specifiche delle industrie dell’UE.

Ciò avverrà mediante attività di normazione, sviluppo di strumenti, raccolta delle migliori pratiche in materia di gestione dei dati personali (in particolare in materia di pseudonimizzazione) e realizzazione di infrastrutture di prossima generazione per l’elaborazione dei dati. Se del caso, gli investimenti saranno coordinati con le autorità competenti degli Stati membri e, in linea con le norme in materia di aiuti di Stato, associati a finanziamenti nazionali e regionali e a investimenti attraverso i Fondi strutturali e d’investimento.

Il terzo pilastro¹⁹ si fonda sulle competenze per fornire strumenti alle persone e per

¹⁸ Azioni principali: investimento in un progetto ad alto impatto su spazi europei di dati che comprenda architetture per la condivisione dei dati (comprese norme per la condivisione dei dati, migliori pratiche e strumenti) e meccanismi di governance, nonché la federazione europea di infrastrutture cloud e servizi correlati affidabili ed efficienti sotto il profilo energetico, con l’obiettivo di promuovere investimenti combinati di 4-6 miliardi di EUR, di cui la Commissione intende investire 2. Prima fase di attuazione prevista per il 2022; firma del protocollo d’intesa con gli Stati membri sulla federazione del cloud, 3° trimestre 2020; avvio di un mercato europeo dei servizi cloud, che integri l’intera offerta di servizi cloud, 4° trimestre 2022; creazione di un codice dell’UE di (auto)regolamentazione del cloud, 2° trimestre 2022.

¹⁹ Azione principale: presa in esame del rafforzamento del diritto alla portabilità per le persone, a norma dell’articolo 20 del RGPD, che conferisca loro un maggior controllo riguardo a chi possa avere accesso ai dati generati automaticamente e utilizzarli (eventualmente nel quadro della legge sui dati nel 2021).

investire nelle competenze e nelle PMI, puntando anche ad aumentare gli investimenti in competenze digitali in termini di capacità di analisi di big data e, più in generale, di alfabetizzazione ai dati, non solamente nei confronti di privati ma anche delle PMI e start-up.

A completamento della strategia, il quarto pilastro²⁰ della strategia europea dei dati mira alla realizzazione di spazi comuni europei di dati in settori economici strategici e ambiti di interesse pubblico. Tali settori e ambiti sono quelli in cui l'utilizzo dei dati avrà un impatto sistemico sull'intero ecosistema, ma anche sui cittadini, e sono stati individuati in nove ambiti: salute, ambiente, energia, agricoltura, mobilità, finanze, industria manifatturiera, pubblica amministrazione e competenze.

2.1. (segue)...verso il Data Governance Act

Nel richiamato contesto, la prima della serie di misure annunciate è stata la proposta del “Data Governance Act”, definita quale pietra miliare per l'incremento dell'economia data-driven europea. Il testo presentato dalla Commissione individua una serie di regole comuni per l'utilizzo (nonché riutilizzo²¹) e la condivisione dei dati quali “linfa vitale” dei nuovi modelli economici, di cui le economie digitali costituiscono l'esempio più evidente²²: l'obiettivo è la creazione di un mercato unico europeo dei dati e lo sviluppo di spazi comuni europei. La vera sfida rimane l'individuazione di modalità idonee a garantire un equo bilanciamento degli interessi sociali coinvolti quali rispetto della privacy o di altri diritti eventualmente associati ai dati. In questo modo, si accennava in apertura, si verrebbe a configurare un modello di gestione dei dati alternativo a quello degli operatori privati con l'ambizione di divenire un archetipo internazionale, come già accaduto in materia di privacy.

Il testo presentato dalla Commissione si articola su tre grandi obiettivi principali: elaborazione di misure per il riutilizzo di alcune categorie di dati protetti in possesso al settore pubblico (Chapter II), istituzione di un sistema di notifica e qualificazione per gli intermediari di dati per facilitare l'incontro tra domanda e offerta nei servizi di data sharing (Chapter III), stabilire schemi di certificazione/autorizzazione per meccanismi di “data altruism”²³ (Chapter IV). È stata oggetto di analisi nello studio preliminare la necessità di facilitare la condivisione di dati tramite l'individuazione di data standards sia tecnici che normativi tra settori economici per facilitarne la circolazione.

²⁰ Azione principale: creazione di un quadro per la misurazione dei flussi di dati e la stima del loro valore economico in Europa, e tra l'Europa e il resto del mondo (4° trimestre 2021).

²¹ Si fa riferimento alla direttiva (UE) 2019/1024 relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico.

²² Vero è che i modelli di business delle economie digitali presentano delle peculiarità inedite (*multi-sided markets, free markets*) rispetto alle tradizionali economie. Ciò nonostante, nella realtà si osservano imprese che detengono *big data* offrendo prodotti a prezzi positivi, attraverso modelli di business che si rivolgono ad una sola domanda (compagnie aeree, assicurazioni ed imprese in generale) ovvero mediante l'integrazione dei processi decisionali al fine di rendere la produzione più efficiente.

²³ Quale possibilità di rendere disponibili i dati (personali e non, eventualmente anonimi) senza ottenere nulla (nemmeno servizi) in cambio, per scopi di interesse generale, come scopi di ricerca scientifica o miglioramento dei servizi pubblici.

A completare lo schema, rafforzandone l'omogeneità sul territorio europeo, si prevede l'istituzione di autorità competenti e la creazione dello European Data Innovation Board, un gruppo di esperti. Allo stesso European Data Innovation Board è affidato il compito di sostenere la Commissione nella standardizzazione intersettoriale dei dati (prevista nei documenti preparatori e non inserita propriamente nella proposta).

Il Data Governance Act è un punto di partenza che presenta aspetti (anche ideologici) fortemente innovativi: dalla previsione di schemi per il “data altruism” (tra cui lo European data altruism consent form) alla dichiarata alterità rispetto al modello di gestione delle piattaforme tecnologiche: spetta, ora, al legislatore europeo tradurre in concreto tutte le suggestioni che la Commissione ha prospettato.

2.2. (segue)...le proposte di Digital Services Act e Digital Markets Act

Il pacchetto di riforme di attuazione della richiamata Data Strategy 2020 prosegue con la proposta di nuove norme per tutti i servizi digitali, compresi i social media, i mercati online e altre piattaforme online che operano nell'Unione europea. Come già osservato nelle precedenti proposte, la Commissione si orienta verso una regolazione economica che ponga al centro i valori democratici europei, rivolgendosi a tutela dei consumatori e dei loro diritti fondamentali online. Meriti sociali a parte, l'obiettivo è riequilibrare le dinamiche concorrenziali che, allo stato, sono piegate dal potere economico di poche grandi piattaforme.

Il Digital Markets Act cerca di contrastare le pratiche lesive per la concorrenza comunitaria, a partire dall'abuso di posizione dominante, dotando di nuovi poteri la Commissione idonei a disciplinare le attività delle piattaforme definite “gatekeeper”²⁴ – intermediari sui generis, concorrenti e proprietari - che hanno raggiunto sul mercato digitale un potere economico, e non solo, sproporzionato. Il Digital Services Act, invece, punta alla regolazione dei contenuti e dei servizi, responsabilizzando le piattaforme digitali rispetto ai contenuti veicolati, obbligandole a un ruolo di moderazione ed eventuale rimozione di contenuti inadeguati.

3. Le piattaforme digitali: regolazione dei rapporti con le imprese

Qualche breve cenno merita anche la disciplina delle piattaforme digitali quale azione della Commissione nella priorità per plasmare il futuro digitale dell'Europa. Le piatta-

²⁴ Sarebbero “gatekeeper” quelle società presenti in in almeno tre Stati membri con una clientela (o utenti) pari ad almeno al 10% della popolazione europea (e, quindi, circa 45 milioni di persone) ovvero, in alternativa, almeno diecimila aziende.

forme digitali²⁵, oltre ad essere una parte importante dell'economia digitale (e non)²⁶, rappresentano uno dei maggiori (e più riusciti) esempi di economia basata sui dati che ha agito quale calamita per la data-driven innovation.

I principi guida²⁷ che orientano l'iniziativa legislativa della Commissione sono: la parità di condizioni per servizi digitali comparabili; la garanzia di un comportamento responsabile delle piattaforme online per proteggere i valori fondamentali²⁸; la fiducia, la trasparenza e garantire l'equità sulle piattaforme online; il mantenimento di mercati aperti e non discriminatori per promuovere un'economia basata sui dati.

Su queste priorità, ad oggi, se si esclude la risalente direttiva sul commercio elettronico (2001/31/CE), è stato istituito un quadro normativo armonizzato per garantire la minima trasparenza e correttezza nelle relazioni tra piattaforme online (tanto di servizi di intermediazione online quanto di motori di ricerca) e imprese²⁹. Il riferimento è al regolamento (UE) 2019/1150, sulla base del quale i fornitori dei servizi di intermediazione sono tenuti a peculiari oneri di trasparenza e correttezza non solo nella redazione delle clausole contrattuali³⁰, vietando pratiche sleali in caso di modifiche delle condizioni contrattuali o di sospensioni improvvisate e inspiegabili dell'accesso alla piattaforma, ma anche nella identificazione e comunicazione dei parametri algoritmici per il posizionamento³¹ delle imprese nel ranking della piattaforma (con effetti sulla

²⁵ Attualmente, esse coprono una vasta gamma di attività, tra cui piattaforme pubblicitarie online, mercati, motori di ricerca, social media e punti vendita di contenuti creativi, piattaforme di distribuzione di applicazioni, servizi di comunicazione, sistemi di pagamento e piattaforme per l'economia collaborativa. Un elenco esemplificativo di esempi: AdSense di Google, DoubleClick, eBay e Amazon, Google e Bing Search, Facebook e YouTube, Google Play e App Store, Facebook Messenger, PayPal, Zalando e Uber.

²⁶ Specialmente se si considerano gli effetti che le piattaforme hanno sulla vendita di beni e servizi in Europa da parte delle piccole e medie imprese, riuscendo a raggiungere possibili consumatori anche oltre i confini nazionali. Secondo un'indagine Eurobarometro (*The use of online marketplaces and search engines by SMEs*, 2016), quasi la metà (42%) delle piccole e medie imprese europee utilizza i mercati online per vendere i propri prodotti e servizi. Da una valutazione d'impatto realizzata dalla Commissione prima di presentare le sue proposte emerge che il 46% delle imprese europee che opera su piattaforme incontra problemi. Nel 38% dei casi i problemi connessi a rapporti contrattuali restano irrisolti, mentre nel 26% dei casi vengono risolti, ma con difficoltà; ne consegue una perdita diretta di vendite che oscilla tra 1,27 e 2,35 miliardi di €.

²⁷ Sono principi che sono stati prima teorizzati dalla *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM(2015) 192 final, e poi espressamente individuati dalla Comunicazione della Commissione *Le piattaforme online e il mercato unico digitale: opportunità e sfide per l'Europa*, (2016)288.

²⁸ Specialmente in tema di responsabilità delle piattaforme in tema di contenuti illeciti online. Si veda la Comunicazione della Commissione *Lotta ai contenuti illeciti online: verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online*, (2017)555, e la raccomandazione (UE) 2018/334 della Commissione sulle misure per contrastare efficacemente i contenuti illegali online.

²⁹ Tra i beneficiari delle nuove norme si può pensare agli operatori commerciali che vendono su mercati online, alberghi che utilizzano piattaforme di prenotazione e sviluppatori di applicazioni.

³⁰ Termini e condizioni contrattuali (art. 3) dovranno essere: semplici e comprensibili; facilmente reperibili anche in fase precontrattuale; esaustivi circa i motivi di sospensione, cessazione o limitazione della fornitura dei servizi di intermediazione; completi delle informazioni su eventuali canali di distribuzione aggiuntivi e potenziali programmi affiliati; chiari circa gli effetti dei termini e delle condizioni sulla proprietà e il controllo dei diritti di proprietà intellettuale degli utenti commerciali.

³¹ La Commissione ha recentemente pubblicato i propri *Orientamenti sulla trasparenza del posizionamento a norma del regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio* (2020/C 424/01 dell'8 dicembre

visibilità online dei professionisti e, quindi, sulle vendite). Si prevedono anche nuove forme di risoluzione delle controversie sia tramite un sistema interno di gestione dei reclami, accessibile e gratuito, che operi in maniera corretta ed equa per la risoluzione in tempi ragionevoli delle controversie; sia tramite idonei procedimenti di mediazione per la risoluzione extragiudiziale delle controversie tra fornitore e utenti commerciali. Per garantire l'adeguatezza temporale del regolamento è stato istituito³² un gruppo di esperti per l'Osservatorio sull'economia delle piattaforme online cui è affidata l'analisi delle tendenze del mercato, informando la Commissione in merito alle opportunità e alle sfide determinate dall'economia delle piattaforme online, andando poi a costituire un importante contributo per il riesame del regolamento proposto a tre anni dalla sua entrata in vigore.

4. L'antitrust *enforcement* in Europa alla prova dei dati (personali e non)

L'emersione dei fenomeni osservati nel mutato contesto economico ha coinvolto anche l'*enforcement* antitrust: i dati hanno avuto un ruolo determinante nell'individuazione delle condotte anticoncorrenziali.

Si propone, quindi, una breve analisi alla luce dell'*enforcement* antitrust mediante l'osservazione di alcuni leading cases in materia nei quali i dati sono stati utilizzati per porre in essere condotte anticoncorrenziali, arrivando a costituirne il parametro di valutazione.

4.1. I dati quali parametro di valutazione di condotte lesive della concorrenza: il caso *Google Shopping* (2017)

In tema di centralità dei dati nell'attuale contesto economico, si richiama il caso Google Shopping (2017). Nel 2017, infatti, la Commissione europea sanzionò Google per aver abusato della propria posizione dominante nel mercato dei motori di ricerca a vantaggio del proprio servizio di comparazione degli acquisti (c.d. Google Shopping)³³, a danno dei concorrenti e dei consumatori.

Nel caso di specie è stato accertato come Google desse maggior visibilità e risalto al

2020). Ai sensi del considerando 28 del regolamento 2019/1159, infatti, spetta alla Commissione il ruolo di sviluppare linee guida per l'applicazione dei requisiti di trasparenza del posizionamento. Il posizionamento è, infatti, la rilevanza relativa attribuita ai beni o ai servizi offerti tramite processi decisionali algoritmici e basati su dati. Ciò che rileva – per migliorare la prevedibilità e aiutare gli utenti a ottimizzare la presentazione dei loro beni e servizi – è l'indicazione dei parametri principali di posizionamento.

³² Decisione della Commissione (C(2018) 2393) del 26 aprile 2018.

³³ Nel 2004 Google è entrata nel mercato distinto dei servizi di acquisti comparativi in Europa, con un prodotto inizialmente denominato "Froogle" e rinominato "Google Product Search" nel 2008 e "Google Shopping" nel 2013. Il prodotto consente ai consumatori di raffrontare i prodotti e i prezzi online e individuare offerte proposte da rivenditori online di tutti i tipi, tra cui negozi online dei produttori, piattaforme come Amazon e eBay e altri rivenditori.

proprio servizio di comparazione degli acquisti, ponendo Google Shopping al primo posto (o comunque tra i primi posti) tra i risultati quando il motore di ricerca utilizzato dall'utente è Google.

Nei servizi di acquisti comparativi elemento fondamentale di comparazione e competizione tra piattaforme è il traffico di dati³⁴: più è intenso, più le pagine sono cliccate e più gli utili aumentano. Inoltre, l'aumento del traffico attira un maggior numero di rivenditori che vogliono proporre i loro prodotti attraverso il servizio di acquisti comparativi³⁵. Grazie alla sua posizione dominante nella ricerca generica su Internet³⁶, il motore di ricerca di Google è un'importante fonte di traffico per i servizi di acquisti comparativi. Proprio in virtù di tale posizione dominante (di per sé lecita), Google avrebbe favorito il proprio servizio di comparazione degli acquisti collocando i servizi di acquisti comparativi concorrenti nelle pagine dei risultati di ricerca generica di Google successive alla prima, riducendo, di fatto, la loro visibilità. In particolare, l'analisi della Commissione precisa in che modo il servizio di acquisti comparativi di Google è posizionato e visualizzato nelle pagine dei risultati di ricerca generica. Per quanto riguarda il suo posizionamento, il servizio di Google godeva di una posizione preminente poiché non era soggetto agli algoritmi specifici³⁷ che, invece, rendevano probabile la posizione deteriore nelle pagine di ricerca generica di Google dei servizi di acquisti comparativi concorrenti. Ed ancora, quanto alla sua visualizzazione, il servizio di acquisti comparativi di Google veniva visualizzato con funzionalità migliorate in cima ai risultati che compaiono nella prima pagina di ricerca generica o comunque tra i primi risultati, funzionalità non sono accessibili alla platea dei concorrenti. Il posizionamento e la visualizzazione dei risultati di ricerca generica è stato dimostrato che sono in grado di influenzare il comportamento degli utenti che tendono a cliccare maggiormente sui link che sono più visibili sulla pagina generale dei risultati di ricerca: in effetti, poi, tali condotte hanno determinato un incremento del traffico verso il servizio di acquisti comparativi di Google. Elemento tanto di dimostrazione dell'illecito, quanto strumento di realizzazione dell'illecito è stato il flusso di dati: si potrebbe osservare come l'abuso di posizione dominante si sia realizzato— mediante condotte

³⁴ Osserva la Commissione (§7.2.2 CASE AT.39740 *Google Search (Shopping)*) come il traffico dati sia l'*asset* più importante poiché:

- migliora la capacità di convincere (utenti, commercianti, *advertisers*) ad utilizzare il servizio e a fornire ulteriori dati (attrattività del servizio);
- genera ricavi che possono essere utilizzati per investire al fine di migliorare l'utilità dei servizi forniti;
- consente di migliorare la qualità servizio offerto tanto attraverso effetti di *machine learning* e, quindi, ad esempio, tramite suggerimenti di acquisto e ricerca aderenti alle preferenze degli utenti, quanto nella creazione di migliori interfacce grafiche per gli utenti e nella realizzazione di un sito più attrattivo;
- consente di ottenere recensioni degli utenti più originali.

³⁵ Si tratta degli effetti di rete. Come si vede, non sono elemento tipico esclusivamente dei *social network*, come si potrebbe ritenere ad una prima analisi.

³⁶ La Commissione osserva come dal 2007 Google mantenga una posizione dominante in ciascun mercato nazionale della ricerca generica in Europa (ad eccezione della Repubblica ceca, dove Google detiene una posizione dominante dal 2011).

³⁷ Google utilizza algoritmi generici di ricerca per classificare le pagine web, comprese quelle di confronto dei servizi di acquisto. Questi algoritmi automaticamente identificano e retrocedono nelle pagine successive alla prima quei siti web che non rispettano le sue linee guida ("*Webmaster Guidelines*").

anticoncorrenziali - garantendo al proprio servizio di acquisti comparativi un flusso di dati maggiore rispetto a quello delle imprese concorrenti. Il comportamento posto in atto da Google è abusivo in quanto ha deviato il traffico dai servizi di acquisti comparativi della concorrenza verso il proprio servizio di acquisti comparativi, nel senso di ridurre il traffico dalle pagine generali dei risultati di ricerca verso i servizi di acquisti comparativi concorrenti ed aumentarlo in favore del proprio servizio di acquisti comparativi.

Da questa deviazione di traffico³⁸ sono derivati gli effetti potenzialmente anticoncorrenziali del comportamento di Google. In primo luogo, il comportamento di Google è suscettibile di precludere ai concorrenti l'accesso al mercato dei servizi di acquisti comparativi, determinando un aumento dei costi per gli operatori commerciali, un incremento dei prezzi per i consumatori e una minore innovazione. In secondo luogo, il comportamento di Google è suscettibile di ridurre la capacità di accesso dei consumatori ai servizi di acquisti comparativi più pertinenti. In terzo luogo, il comportamento di Google avrebbe effetti potenzialmente anticoncorrenziali anche qualora i servizi di acquisti comparativi non costituissero un mercato del prodotto rilevante distinto bensì un segmento di un eventuale mercato del prodotto rilevante più ampio comprendente tanto i servizi di acquisti comparativi, quanto le piattaforme commerciali.

Il caso proposto è esemplificativo di come i dati non vengano solamente osservati quale elemento probatorio³⁹ ma, sotto una diversa prospettiva, diventino l'oggetto stesso dell'illecito anticoncorrenziale che, come visto, ha avuto ad oggetto lo sviamento del flusso di dati informatici.

L'illecito concorrenziale realizzato da Google manifesta la tendenza espansiva degli operatori dei mercati digitali: non solo condotte che tendono a rafforzare la propria posizione dominante nel mercato, ma che tendono ad estendere tale posizione a un mercato vicino ma separato distortendo la concorrenza⁴⁰.

La rilevanza dei dati nell'attuale contesto economico degli operatori digitali è confermata da due ulteriori decisioni della Commissione nelle quali sono emerse condotte anticoncorrenziali volte (pur con diversa metodologia) a garantire una stabile, duratura e costante acquisizione di dati degli utenti: la peculiarità delle economie data driven risiede nella generazione e allocazione di valore dai dati prodotti all'interno delle stesse imprese che da queste vengono sfruttati economicamente.

La prima è relativa al caso Google Android del 2018⁴¹. In tale circostanza è stato osservato come Google sfruttasse la propria posizione dominante nel mercato della

³⁸ Traffico che la Commissione riconosce per essere "insostituibile" in quanto che nessuna delle fonti alternative di traffico di cui dispongono i servizi di acquisti comparativi concorrenti, compreso il traffico da AdWords, il traffico diretto e le applicazioni di telefonia mobile, può sostituire efficacemente il traffico dati di ricerca generica proveniente dalle pagine generali dei risultati di ricerca di Google.

³⁹ Laddove negli illeciti antitrust l'istruttoria si caratterizza sempre per un elevato tecnicismo. Basti pensare che nel caso *Google Shopping* (2017) la Commissione ha analizzato dati per 5,2 terabyte di risultati della ricerca su Google (circa 1,7 miliardi di ricerche).

⁴⁰ Il fatto che un comportamento abusivo di un'impresa dominante abbia i suoi effetti negativi su un mercato distinto da quello dominato non osta all'applicazione dell'art. 102 TFUE. Come già osservato in altri precedenti casi. A titolo esemplificativo, si veda, *Microsoft v Commission*, EU:T:2007:289, 1344.

⁴¹ Caso AT.40099 con decisione della Commissione del 18 luglio 2018.

concessione di licenze per sistemi operativi per dispositivi mobili intelligenti; nel mercato dei portali di vendita di applicazioni per Android e in ciascuno dei mercati nazionali dei servizi di ricerca generica. La condotta realizzata da Google si determinava nell'abbinamento della propria applicazione per la ricerca generica (Google Search) al proprio portale di vendita di applicazioni per Android (Google Play Store). Da ciò derivava che il prodotto principale (Google Play Store) non poteva essere ottenuto senza il prodotto abbinato (Google Search), finendo per limitare la concorrenza e garantendo a Google un vantaggio competitivo significativo che i fornitori concorrenti di servizi di ricerca generica non possono compensare. Con questa condotta, ancora, si rafforzava e manteneva la posizione dominante di Google in ciascun mercato nazionale dei servizi di ricerca generica, aumentando gli ostacoli all'ingresso, scoraggiando l'innovazione e danneggiando, direttamente o indirettamente, i consumatori.

La seconda è relativa al caso Google Search (AdSense) del 2019⁴². In tale circostanza è stato osservato come Google sfruttasse la propria posizione dominante sul mercato imponendo una serie di clausole restrittive nei contratti con siti web di terzi, impedendo ai proprio concorrenti di inserire su tali siti pubblicità collegate alle ricerche.⁴³ Google è uno dei principali fornitori di spazi pubblicitari sul proprio sito web (publisher) ed al contempo è uno dei principali fornitori di servizi di intermediazione per annunci pubblicitari on-line su siti web di terzi (intermediary). Gli spazi pubblicitari sui siti terzi possono essere venduti o direttamente dal proprietario dello spazio pubblicitario (publisher) ai soggetti interessati (advertiser) o tramite intermediari. In tale contesto si inserisce AdSense for Search quale piattaforma di intermediazione pubblicitaria nei motori di ricerca con la quale Google agisce tra inserzionisti e i proprietari di siti web che vogliono trarre profitto dai propri spazi pubblicitari. Qualora, però, i siti web di terzi siano dotati di una funzione di ricerca interna (quotidiani, blog o aggregatori di siti di viaggio), vengono proposti annunci pubblicitari collegati alla ricerca. Nella fornitura dei propri servizi di intermediazione pubblicitaria⁴⁴, Google ha prima imposto un obbligo di fornitura esclusiva, che impediva ai concorrenti (Microsoft e Yahoo)⁴⁵ di inserire annunci pubblicitari collegati alle ricerche sui siti web più significativi dal punto di vista commerciale ed ha poi introdotto una cosiddetta strategia di “esclusiva non rigida” volta a riservare gli spazi migliori per i propri annunci collegati alla ricerca e a controllare le prestazioni degli annunci dei concorrenti.

⁴² Caso AT.4041. L'indagine della Commissione sulla condotta oggetto è iniziata nel quadro della più ampia indagine sul richiamato caso *Google Search* (Caso AT.39740).

⁴³ In particolare,

⁴⁴ Mercato nel quale i proprietari di siti web terzi disponevano di opzioni limitate per la scelta dell'intermediario per monetizzare gli spazi pubblicitari ed erano, di fatto, costretti ad affidarsi quasi esclusivamente a Google.

⁴⁵ Dal momento che i concorrenti nella pubblicità collegata alle ricerche non hanno la possibilità di vendere spazi pubblicitari nelle pagine dei risultati di ricerca di Google, i siti web di terzi rappresentano un importante punto di accesso per questi altri fornitori di servizi di intermediazione pubblicitaria per tentare di potenziare la propria attività e di competere con Google.

4.2. Il ruolo dei dati nelle fusioni e concentrazioni societarie: dal caso *Microsoft/Skype* (2011) alla sanzione (successiva) nel caso *Facebook/Whatsapp* (2014)

Nel contesto delle economie data driven, la rilevanza dei dati e delle tecnologie di elaborazione è tale da assurgere a nuovo parametro della valutazione di compatibilità delle fusioni e delle concentrazioni societarie. Anche l'accumulo di dati su vasta scala (o di tecnologie per il loro sfruttamento) mediante acquisizioni potrebbe portare effetti negativi sulla concorrenza, tanto in termini di minore competizione quanto in termini di minore innovazione. Tale considerazione, per niente scontata, ha trovato espresso riconoscimento quale oggetto di futura e specifica attenzione della Commissione nell'esercizio delle prerogative istituzionali⁴⁶.

In un primo momento, la Commissione sembrava dell'idea di aderire a quella tesi per la quale l'innovazione nelle new economies producesse monopoli "fragili e temporanei"⁴⁷, esposti a nuovi cicli di sviluppo e, quindi, facilmente contendibili. Il motto era (ed in parte è) "competition is a click away"⁴⁸.

Prova ne è il caso Microsoft/Skype (2011). In tale circostanza, la Commissione non si oppose alla fusione poiché riteneva che i cicli di innovazione nei mercati digitali fossero brevi perché software e piattaforme vengono costantemente rinnovati. Per questo la posizione acquisita condurrebbe ad un breve, perché fragile e temporaneo, vantaggio sul mercato.

Una tale asserzione risulta oggi sconfessata dai rilievi empirici della minor dinamicità dei mercati digitali: la concorrenza non sembra più essere "a click away". Gli operatori economici digitali, infatti, stanno manifestando un persistente potere di mercato che non sembra possa essere eroso nel breve termine. Da tali posizioni dominanti deriva la diminuzione (e, comunque, l'impedimento) delle entrate di nuovi operatori, portando ad una riduzione dell'innovazione e, quindi, ad effetti negativi sull'efficienza e sul dinamismo imprenditoriale.⁴⁹

Un fenomeno del tutto peculiare delle economie data driven si osserva nell'incremento delle operazioni di fusione e concentrazione societaria mosse esclusivamente dall'interesse all'acquisizione di determinati asset di dati o di tecnologie particolari: quale che sia il motivo, però, l'effetto è una riduzione della pressione concorrenziale nei mercati con il consolidamento della posizione dominante dei grandi operatori economici già

⁴⁶ Strategia europea dei dati, p. 17(COM(2020) 66 final)

⁴⁷ "The information economy is populated by temporary, or fragile, monopolies. Hardware and software firms vie for dominance, knowing that today's leading technology or architecture will, more likely than not, be toppled in short order by an upstart with superior technology." (Shapiro et al.,1999).

⁴⁸ Cfr. S. Mannoni – G. Stazi, *Is competition a click away? Sfida al monopolio nell'era digitale*, Napoli, 2018.

⁴⁹ L'indagine conoscitiva sui *big data* condotta da AGCom, AGCM e Garante per la protezione dei dati personali (febbraio 2020) richiama a tal proposito recenti studi con i quali è stato dimostrato che si assiste già ad una riduzione del tasso di entrata medio di nuove imprese nel mercato, tra cui S. Callegaris – C. Criscuolo – L. Marcolin, *Mark-ups in the digital era*, OECD Science, Technology and Industry Working Papers, 10, 2018, e F. Calvino – C. Criscuolo – L. Marcolin- M. Squicciarini, *A taxonomy of digital intensive sectors*, OECD Science, Technology and Industry Working Papers, 14, Paris, 2018.

presenti.⁵⁰ Il fenomeno prende il nome di *killing acquisitions* ed è rivolto principalmente ai concorrenti potenziali quali start-up dall'elevato potenziale innovativo.⁵¹

Tra le recenti operazioni societarie mosse dall'acquisizione di dati si segnala il caso Facebook/Whatsapp (2014)⁵². Inizialmente la fusione dei due operatori economici non era stata impedita dalla Commissione. Nell'analisi degli effetti concorrenziali dell'operazione (*competitive assessment*), la Commissione si è soffermata su tre distinti mercati⁵³: quello dei servizi di comunicazione ai consumatori; quello dei servizi di social networking e quello dei servizi di pubblicità online⁵⁴. Nel 2017 Facebook, poi, viene

⁵⁰ Operazioni di fusione che non sollevano particolari questioni competitive dal momento che spesso riguardano società che operano su settori diversi e solo parzialmente coincidenti. Un esempio in tal senso, salvo quanto si dirà, è il caso *Facebook/Whatsapp* con riferimento al mercato della pubblicità online, mercato in cui Whatsapp non opera in maniera diretta, nonostante sia in possesso di dati rilevanti in tale mercato.

⁵¹ Nei mercati caratterizzati da una forte innovazione tecnologica, le imprese dominanti – per mantenere e consolidare la propria posizione – possono alternativamente investire direttamente in innovazione, procurandosi la tecnologia avanzata, ovvero evitare che altre imprese ottengano tali tecnologie. Se il primo non è un problema antitrust, il secondo può esserlo (M. Midiri, *Privacy e antitrust: una risposta ordinamentale ai Tech Giant*, in *Federalismi.it*, 14, 2020; H. Hovenkamp, *Antitrust and the Movement of Technology*, in *George Mason Law Rev.*, 19, 2012). Il fenomeno è stato osservato anche nel rapporto presentato dell'House Committee on the Judiciary sulla concorrenza nei mercati digitali (*Investigation of competition in digital markets*) dove si riconoscono le acquisizioni societarie quale elemento del potere di mercato degli operatori economici digitali, specialmente nei casi in cui siano volte a neutralizzare una minaccia competitiva. Da ciò deriva la forte necessità di rafforzare il controllo antitrust nelle acquisizioni. Basti pensare che, in America, ad esempio, delle quasi 100 acquisizioni di Facebook, la Federal Trade Commission si è impegnata in un'indagine approfondita su una sola acquisizione: l'acquisto di Instagram da parte di Facebook nel 2012. In calce al rapporto citato sono indicate tutte le acquisizioni societarie poste in essere da Facebook, Google, Amazon, Apple sin dalla loro fondazione.

⁵² Occorre tuttavia segnalare che anche in questo caso la Commissione ha ritenuto che il settore delle app di comunicazione digitale sia caratterizzato dall'ingresso frequente di nuovi operatori sul mercato e brevi cicli di innovazione: grandi quote di mercato potrebbero, comunque, rivelarsi effimere.

⁵³ È in effetti proprio questo l'elemento caratterizzante delle economie digitali basate sui *big data*: la difficoltà di “contenere” l'ambito di attività in un solo mercato. La disponibilità di *big data* consente ai grandi operatori digitali di esercitare una notevole pressione concorrenziale su più mercati contemporaneamente, fino ad essere avvertiti come soggetti dotati di un notevole potere di mercato ancor prima di avervi fatto ingresso. Si pensi, ad esempio, all'impatto della digitalizzazione e delle nuove modalità di distribuzione dei contenuti digitali che ha modificato radicalmente la filiera nel settore editoriale e giornalistico, la natura stessa del prodotto editoriale, i canali di distribuzione delle notizie. In tema, *Big data Interim report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS*. In dottrina la stessa nozione di mercato di riferimento viene osservata nella diversa accezione di piattaforma (V. Bagnoli, *The big data relevant market*, in *Concorrenza e mercato*, 23, 2018) ovvero di struttura (v. A. Pezzolli, *Big Data e antitrust: un'occasione per tornare ad occuparci di struttura?* in V. Falce – G. Ghidini – G. Olivieri (a cura di), *Informazione e big data tra innovazione e concorrenza*, Milano, 2018). In tema, si pensi al parametro classico della sostituibilità dei beni che viene messo in discussione in quanto la raccolta dei dati avviene in un primo *free market* e la vendita per scopi pubblicitari avviene in un secondo mercato. Il contesto di riferimento nel quale operano i *big data* è spesso ricondotto alla nozione di ecosistema, utile per cogliere la complessità delle interazioni, dei flussi e degli scambi che si realizzano nel settore digitale, sia nel suo complesso sia nell'ambito dei sistemi di servizi collegati alle principali piattaforme.

⁵⁴ Quanto alla posizione di Facebook nel mercato della pubblicità online, la Commissione ha individuato quale ostacolo alla concorrenza le ipotesi in cui si dovesse introdurre pubblicità *in-app* su Whatsapp ovvero si dovesse utilizzare Whatsapp quale potenziale fonte di dati dell'utente per migliorare il targeting dei servizi pubblicitari (o entrambe le cose). Entrambe le ipotesi ritenute improbabili. La pubblicità su Whatsapp porterebbe gli utenti a rivolgersi alle soluzioni alternative già presenti e consolidate sul mercato. L'utilizzo di dati a fini commerciali, invece, non priverebbe altri concorrenti dall'utilizzo a tale scopo di altri dati (ritenuti ugualmente rilevanti). La decisione presta il fianco ad opinioni in contrasto

sanzionato per aver omesso di indicare la possibilità (nota al momento dell'operazione societaria) di abbinare i dati degli utenti del servizio di messaggistica istantanea (Whatsapp) a quelli del social network.

Già nel 2014, la Commissione aveva manifestato la propria preoccupazione relativamente alla possibilità di abbinare automaticamente gli account tramite collegamento del numero di telefonia mobile all'account social.⁵⁵ La società Facebook, tuttavia, affermava che – stante la tecnologia in suo possesso – era impossibile abbinare automaticamente gli account ma che tale abbinamento rimaneva possibile solo se effettuato manualmente dagli utenti o, comunque, previa rielaborazione dei codici delle app. In realtà, la società già era in possesso di tecnologie che consentivano l'abbinamento degli utenti tra le varie piattaforme, non tanto per integrazione orizzontale (scambio di messaggi tra l'una e l'altra) quanto piuttosto per altre finalità (commerciali).

Nel 2017, la Commissione, dunque, individuata la violazione degli obblighi procedurali del regolamento sulle concentrazioni, decide di infliggere un'ammenda a Facebook, pur ritenendo che le informazioni inesatte o fuorvianti rilasciate non avessero inciso sull'esito della decisione di autorizzare l'operazione⁵⁶.

4.3. Il cambio di prospettiva nelle fusioni più recenti: la data separation per evitare concentrazioni di dati nel caso *Google/Fitbit* (2020)

La Commissione europea sta manifestando una crescente attenzione alle economie dei dati, maturando l'importante consapevolezza del ruolo primario dei dati. Decisivi

per aver omesso di considerare adeguatamente l'integrazione verticale delle fasi prodromiche all'utilizzo a fini commerciali dei dati (come la loro acquisizione, archiviazione e analisi) (v. V. Bagnoli, *The big data relevant market as a tool for a case by case analysis at the digital economy: could the EU decision at Facebook/Whatsapp merger have been different?*, in *Antitrust Law & Policy eJournal*, 2017).

⁵⁵ Anche se la Commissione è rimasta indifferente a questioni relative alla tutela della privacy, ritenendo che detti aspetti non siano di sua competenza, anche se derivanti da operazioni societarie rilevanti ai sensi della disciplina antitrust.

⁵⁶ Interessante sarebbe approfondire la questione se l'esito della decisione di autorizzare l'operazione avrebbe potuto essere diverso, specialmente sotto il profilo dell'*online advertising*. Questione viene posta, analizzata e risolta in senso positivo (v. V. Bagnoli, *Questions that Have Arisen since the EU Decision on the Whatsapp Acquisition by Facebook*, in *Market and Competition Law Review*, 3, 2019).

La Commissione osserva come nonostante i servizi di *social networking* e le *app* di comunicazione, pur separati, presentino alcune sovrapposizioni nelle funzionalità offerte (scambio di contenuti multimediali, pensiamo alle nuove funzionalità introdotte su Whatsapp con la possibilità di condividere il proprio "stato" per 24 ore analogamente ai social network quali Instagram e Facebook), non vi siano elementi tali da ritenere l'operazione conclusa in contrasto con il diritto europeo. L'elemento nuovo derivante dalla possibilità di aggregazione e abbinamento dei dati degli utenti, potrebbe sollevare preoccupazioni in tema di *online advertising*. La Commissione ebbe a osservare come – indipendentemente dall'utilizzo dei dati degli utenti per finalità commerciali (la pubblicità mirata sui social di Facebook) – vi sarebbe comunque una quantità di dati degli utenti di Internet, utile per scopi pubblicitari e non sono sotto il controllo esclusivo di Facebook, tale da non generare dubbi circa la sua compatibilità con il mercato interno. In realtà, stando alla privacy policy di Whatsapp, gli unici dati personali di cui è in possesso sono solamente i nomi e i numeri di telefono, dati ampiamente diffusi. La questione è ben diversa laddove ad essere raccolti a fini commerciali siano i dati derivanti dal contenuto delle *chat* (v. V. Bagnoli, *Questions that Have Arisen since the EU Decision on the Whatsapp Acquisition by Facebook*, cit.).

in tal senso sembrano essere i casi Google/Fitbit e Bayer/Monsanto.

Nel primo caso, la Commissione, approvata definitivamente l'acquisizione da 2,1 miliardi di dollari di Fitbit da parte di Google, ha posto alcune condizioni sia relative alla concorrenza sia concernenti la protezione dei dati sanitari degli utenti. Tra queste condizioni vi sarebbe quella di non utilizzare i dati sanitari per fini di advertising e di memorizzarli in ambienti separati rispetto agli altri dati. L'obiettivo è evidentemente quello di evitare che i dati già in possesso di Google (frutto delle interazioni con e nella piattaforma e di potenti e sconosciute elaborazioni algoritmiche) siano ulteriormente aumentati con dati di natura biologica e sanitaria⁵⁷. La durata degli impegni presi è stata fissata in dieci anni, salva la possibilità di proroga fino a un massimo di dieci anni. A salvaguardia dell'effettiva attuazione degli impegni è prevista la nomina di un trustee⁵⁸ chiamato ad operare in piena indipendenza e con ampi poteri ispettivi (tra cui l'accesso ai registri, al personale, alle strutture o alle informazioni tecniche di Google).

4.4. Lo sfruttamento dei dati quale abuso di posizione dominante: il caso *Amazon AT.40462*

L'evoluzione della casistica, che brevemente si è analizzata, si viene a concludere con il recente invio di una comunicazione di addebito da parte della Commissione ad Amazon. Secondo l'indagine condotta dalla Commissione, Amazon avrebbe violato le regole in materia antitrust per aver sfruttato dati aziendali non pubblici di venditori indipendenti che vendono sul suo marketplace per produrre essa stessa beni in concorrenza con tali venditori di terze parti.

La Commissione ha, infatti, osservato come Amazon abbia un duplice ruolo all'interno della propria piattaforma: da una parte, fornisce il marketplace dove i venditori indipendenti si rivolgono direttamente ai consumatori; dall'altra, opera quale rivenditore al dettaglio in concorrenza con gli stessi venditori cui fornisce la piattaforma di vendita. Ed è proprio in virtù di tale peculiarità del mercato digitale che Amazon riuscirebbe a sfruttare a proprio vantaggio i dati (non pubblici quali numero di ordini, ricavi e numero di visitatori) dei venditori con i quali, poi, entra in concorrenza. Sulla base di questi dati, infatti, Amazon è in grado di orientare la propria strategia di vendita su quei determinati prodotti che incontrano il maggior gradimento dei consumatori, riuscendo a venderli ad un prezzo inferiore o, comunque, offrendo servizi di vendita aggiuntivi (spedizione rapida ed assistenza successiva all'acquisto).

È stata poi contestualmente avviata una seconda indagine formale antitrust sul possibile trattamento preferenziale delle offerte al dettaglio di Amazon e di quelle dei ven-

⁵⁷ Il vero nodo riguarda però i limiti dell'estensione della nozione di "health data". I dispositivi wearable di Fitbit rilevano anche i km, la velocità e il percorso di chi pratica attività sportiva: sono forse anche questi dati sanitari?

Di fatto, comunque, non si vieta a Google di analizzare i dati di Fitbit (compresi quelli sullo stato di salute degli utenti) per crearne di nuovi da utilizzare in correlazione ai dati già in possesso per finalità, anche e non solo, commerciali. Questa possibilità è, anzi, ammessa e riconosciuta dalla stessa Commissione, purchè nel rispetto della regolazione sui dati personali.

⁵⁸ Nominato (e retribuito) da Google, previa approvazione della Commissione.

ditori sul mercato che utilizzano i servizi di logistica e consegna di Amazon. Indagine che non riguarderà le condotte poste in essere da Amazon in Italia poiché è in corso⁵⁹ un'indagine dell'AGCM (A528) avente ad oggetto condotte similari⁶⁰ che Amazon avrebbe realizzato sul mercato nazionale.

5. L'efficacia degli attuali strumenti antitrust

La tendenza delle autorità nazionali è quella di cercare di fondere elementi di tutela (privacy e antitrust) (Bundeskartellamt 2019)⁶¹. Le autorità giudiziarie, invece, rimangono più aderenti al principio di non piegare il GDPR a fini proconcorrenziali con una netta separazione delle competenze: questa è anche l'impostazione seguita dalla Commissione nel caso Facebook/Whatsapp⁶², in cui si è escluso dall'ambito di applicazione del diritto antitrust qualsiasi eventuale preoccupazione relativa alla privacy derivante dalla maggior concentrazione di dati, ritenendo che rientrasse nell'ambito delle norme europee sulla protezione dei dati. Affermazione di cui non sembrerebbe convinta neanche la Commissione quando, tre anni dopo, di fronte al mutamento della privacy policy dei servizi offerti da Whatsapp e Facebook, irroga una sanzione per omessa comunicazione di informazioni rilevanti impattanti sulla sfera della privacy. In tale contesto, tuttavia, non può non osservarsi come la privacy sia diventata un elemento qualitativo delle piattaforme digitali.⁶³

Il quadro che sta emergendo a livello internazionale è quello di una forte spinta verso una regolazione inedita del fenomeno, sollecitata anche da tavoli tecnici che si rivolgono al legislatore nel timore di un'eccessiva concentrazione di potere.

Attualmente, però, l'antitrust *enforcement* – che opera in un momento successivo alla regolazione – sta adattando i propri istituti alle peculiarità del fenomeno. Questa operazione ermeneutica condotta dalle autorità antitrust è sicuramente favorita da una

⁵⁹ È stata pubblicata sul Bollettino AGCM n. 47 del 30 novembre 2020 la delibera di proroga del termine di conclusione del procedimento dal 15 aprile 2020 al 30 aprile 2021.

⁶⁰ Si farebbe riferimento ai vantaggi dei venditori terzi in termini di visibilità dell'offerta e miglioramento delle vendite che Amazon conferirebbe unicamente ai venditori terzi che aderiscono al servizio di logistica offerto (“*Logistica di Amazon*” o “*Fulfillment by Amazon*”). Attraverso tali condotte, Amazon sarebbe in grado di sfruttare indebitamente la propria posizione dominante nel mercato dei servizi d'intermediazione sulle piattaforme per il commercio elettronico al fine di restringere significativamente la concorrenza nel mercato dei servizi di gestione del magazzino e di spedizione degli ordini per operatori di e-commerce (mercato dei servizi di logistica), nonché potenzialmente nel mercato dei servizi d'intermediazione sui marketplace, a danno dei consumatori finali.

⁶¹ Il fondamento teorico va individuato in M.E. Stucke – A.P. Grunes, *Big Data and Competition Policy*, Oxford, 2016.

⁶² Ma anche nel caso *Google/DoubleClick* (2007) i *privacy concerns* non sono stati tenuti in considerazione dalla Commissione poiché estranei al proprio ambito di competenza.

⁶³ E a darne atto è la stessa Commissione nel caso *Facebook/Whatsapp*. Con riferimento al cd. *multi-homing*, ossia l'utilizzo di più fornitori del medesimo servizio, gli utenti valorizzano privacy e sicurezza e, specie tra le *app* di messaggistica istantanea, ciò ha portato all'introduzione di *app* che affrontano specificamente questioni di privacy e sicurezza. La stessa Apple sta aumentando la sua attenzione per la privacy degli utenti delle *app*, costringendo gli sviluppatori a essere più trasparenti sulla raccolta dei dati e avvertendo che potrebbero essere rimossi se non rispettano una nuova misura anti-tracking.

legislazione che prevede l'applicazione di concetti giuridici indeterminati che, come tali, ben si prestano ad applicazioni evolutive.

Se, dunque, le condotte anticoncorrenziali dei grandi operatori economici vengono poste in essere mediante comportamenti che riguardano esclusivamente il mercato, la “cassetta degli attrezzi” dell’antitrust si presenta sicuramente ben fornita e duttile, pur se alcuni fenomeni inediti (killing acquisitions, fusioni per l’acquisizione di dati e tecniche di elaborazioni, concorrenza e conflitti di interessi nelle piattaforme, secondo il nuovo fenomeno del cd. self preferencing) sembrano richiedere una regolazione ad hoc. Sorgono invece questioni più delicate dalla compenetrazione delle istanze di tutela e, quindi, dal necessario incontro tra differenti competenze amministrative (privacy e antitrust, ad esempio). Né il carattere transfrontaliero dei fenomeni analizzati aiuta le autorità amministrative.

Occorre, dunque, domandarsi se le nuove questioni concorrenziali evidenziate da fenomeni inediti – allo stato non regolati – necessitano, o meno, di una nuova elaborazione di modalità regolatorie o se sia sufficiente procedere ad una rielaborazione degli istituti antitrust, probabilmente riconsiderando anche la nozione stessa di concorrenza. Ma ad essere chiamata in causa non è solamente la concorrenza, l’analisi delle economie data driven rileva come ad essere coinvolta è anche la privacy degli utenti e, prima ancora, dei cittadini. Senza catastrofismi, la partita è più ampia della sola concorrenza: ad essere lambita da questa rivoluzione in atto sembra essere lo stesso potere democratico statale.

È questa la sfida che si para innanzi agli interpreti: saper cogliere i movimenti che stanno già agitando il diritto antitrust, e non solo.

Per tornare all’esempio delle operazioni societaria di fusioni e acquisizioni, dal quadro che si è mostrato emerge la necessità di consentire un controllo efficace e rigoroso nei mercati digitali che tenga in considerazione, però, tutta la filiera dei big data e, quindi, tanto la fase di raccolta e formazione dei dati, quanto la fase di analisi e conservazione. Ed ancora, un’altra osservazione. Quando si fa riferimento alle economie data driven ed ai rischi derivanti da un uso massiccio (e, in parte, non conoscibile) di dati (personali e non) si è portati a “relegare” il fenomeno esclusivamente ai grandi operatori digitali. Se è vero che il fenomeno erompe con riferimento a tali operatori economici, è altrettanto vero che la questione coinvolge tutte quelle imprese che siano in possesso di dati (personali e non). La questione è, dunque, sicuramente più ampia e i grandi operatori digitali non sono gli unici le cui condotte commerciali sono meritevoli di essere attenzionate. Un esempio sicuramente faciliterà la comprensione. Nel luglio 2020 il Consiglio di Stato, sez. VI, ha rimesso alla Corte di giustizia UE alcune importanti questioni interpretative in materia antitrust con l’ordinanza n. 4644/2020. La vicenda coinvolgeva gli operatori economici dell’energia elettrica. Secondo la ricostruzione dell’AGCM, la disarticolazione⁶⁴ della struttura societaria dell’ex monopolista ENEL avrebbe condotto ad un utilizzo illecito di informazioni commercialmente sensibili,

⁶⁴ L’impresa verticalmente integrata è stata disarticolata in diversi organismi societari che rivestono ciascuno un ruolo specifico all’interno della filiera, e segnatamente: i) Enel Energia è il fornitore per il mercato libero; ii) Servizio Elettrico Nazionale è la società del gruppo che gestisce il Servizio di Maggior Tutela per l’energia elettrica nelle aree nelle quali E-distribuzione è concessionaria del servizio di distribuzione; iii) E-Distribuzione è la concessionaria del servizio di distribuzione.

relative al titolare dell'utenza, da parte degli operatori che disporrebbero di tali dati in ragione della loro appartenenza al medesimo gruppo societario. L'obiettivo del Gruppo ENEL sarebbe stato, in particolare, quello di evitare un passaggio in massa dei clienti della Servizio Elettrico Nazionale S.p.a. a fornitori terzi a seguito della futura (allo stato non ancora attuata) abolizione del servizio di maggior tutela (SMT), che nelle modalità discusse in disegni di legge a partire dal 2015 avrebbe potuto comportare una riassegnazione delle utenze mediante "aste per pacchetti di clienti". Per evitare ciò, si sarebbero utilizzate le informazioni nell'esclusivo possesso della Servizio Elettrico Nazionale S.p.a. (cd. Liste SEN, definite quale "asset strategico ed irripetibile" a causa della introvabile informazione implicita ivi contenuta ovvero l'appartenenza degli utenti al SMT) per avanzare agli utenti-consumatori proposte contrattuali, sottraendo ai concorrenti una rilevante porzione, superiore al 40%, di domanda contenibile. L'ordinanza in commento è di particolare interesse in quanto pone alla CGUE, tra le altre, una questione interpretativa di grande rilevanza relativa all'oggetto di tutela ed alla finalità del divieto di sfruttamento abusivo⁶⁵.

6. Spunti e riflessioni dall'America: la rinnovata necessità di un intervento del legislatore

In conclusione, pare di interesse osservare, con spirito comparatistico, i recenti accadimenti in materia che si sono registrati negli Stati Uniti d'America.

Il riferimento è al rapporto presentato dell'House Commitee on the Judiciary sulla concorrenza nei mercati digitali (Investigation of competition in digital markets)⁶⁶. Il rapporto è frutto di indagini durate 16 mesi sullo stato della concorrenza nell'economia digitale, con particolare attenzione alle sfide (non solo economiche ma anche democratiche)⁶⁷ che derivano dal predominio dei noti operatori economici dei mercati digitali con poteri monopolistici (Apple, Amazon, Google e Facebook)⁶⁸ e dalle loro

⁶⁵ In particolare, ci si chiede se si debba interpretare la nozione di abuso nel senso di attribuirle la funzione di massimizzare il benessere totale e, in particolare, quello dei consumatori così che il giudice dovrebbe in qualche modo misurarne la diminuzione in conseguenza del comportamento illecito (in via diretta, comparando il benessere *ex ante* ed *ex post*, ovvero utilizzando criteri alternativi quali quello dell'impresa altrettanto efficiente e del sacrificio del profitto); ovvero se all'illecito concorrenziale debba essere assegnato il compito di preservare la struttura concorrenziale del mercato, il giudice dovrebbe astenersi dall'accertare se il comportamento della impresa dominante abbia causato un danno ai consumatori, limitandosi più semplicemente a verificare se il comportamento possa avere conseguenze sulla struttura, sulla varietà, la qualità o l'innovazione.

Riassumendo, dunque, l'illecito anticoncorrenziale tutela il mercato o i consumatori?

⁶⁶ [Scaricabile da questo link.](#)

⁶⁷ «Our economy and democracy are at stake» osserva il Rapporto citato, 7, manifestando la necessità di un intervento legislativo, che adegui le legislazioni nazionali — e non più solo risposte giurisdizionali isolate.

⁶⁸ Società la cui potenza nasce dalla disponibilità di *big data* e dalla capacità di elaborarli: con riferimento a questi operatori economici è stato coniato il termine "datapolist" da A. Ezrachi – M.E. Stucke, *Virtual Competition: The Promises and Perils of the Algorithm Driven Economy*, Cambridge (MA), 2016. È stato altresì messo in evidenza il rischio che detti operatori economici possano esercitare il loro potere oltre che nei mercati dove sono già presenti (motori di ricerca, social network, marketplace e pubblicità online), anche nei mercati dove non sono ancora attivi: proprio grazie alla disponibilità di *big data* e alla

pratiche commerciali⁶⁹. Il potere raggiunto dagli operatori economici dei mercati digitali ha determinato una riduzione della scelta del consumatore, riducendo l'innovazione e l'apertura del mercato, arrivando ad indebolire anche la libertà di stampa. Non passano in secondo piano le minacce alla privacy e, più in generale, le preoccupazioni derivanti dalla quantità di dati posseduti dalle imprese con finalità commerciali di profilazione dei consumatori.

Il Rapporto ha il merito di osservare le forme e le modalità della dominanza di Amazon, Apple, Facebook e Google nello scenario digitale. Ed allora, ad esempio, si osserva come sia Amazon a dettare le regole del commercio digitale, sfruttando il suo potere di mercato tanto quale rivenditore più grande online quanto di maggior piattaforma di e-commerce⁷⁰.

Di ancora maggior interesse l'analisi proattiva che viene condotta dal Rapporto. All'esito di illustri consultazioni, vengono proposte una serie di raccomandazioni e proposte per il rafforzamento dell'antitrust *enforcement* e recuperare la concorrenza nei mercati digitali affrontando le pratiche commerciali dannose che si sono realizzate nonché la "naturale" vocazione di carattere monopolistico dei mercati digitali.

7. Qualche conclusione tra attuali tendenze e discontinuità degli interventi

Dal quadro presentato è emerso come l'emersione delle economie data driven abbia creato un forte legame tra tutela della privacy e tutela della concorrenza. L'attività di controllo della Commissione ha confermato il cambio di passo: la tutela della privacy passa anche per la concorrenza, e viceversa.

Ad oggi, comunque, le richiamate proposte della Commissione hanno avviato il loro iter legislativo: prima di lasciarsi a commenti più articolati è necessario attenderne l'esito.

Il potere acquisito da poche grandi imprese⁷¹ grazie al trattamento automatizzato di dati, anche personali, sta facendo riflettere sulla necessità di un deciso intervento regolatore ad ampio raggio. La regolazione del fenomeno non si presenta di facile indi-

capacità di elaborarli, potrebbero agevolmente entrare e rapidamente "dominarli", anche nel rispetto degli obblighi derivanti dalla disciplina in materia di protezione dei dati personali.

⁶⁹ Il rapporto, intitolato *Investigation of Competition in the Digital Marketplace: Majority Staff Report and Recommendations*, totalizza più di 400 pagine, segnando il culmine di un'indagine che comprendeva sette udienze congressuali, la produzione di quasi 1,3 milioni di documenti interni e comunicazioni, contributi da 38 esperti di antitrust e interviste a oltre 240 partecipanti al mercato, ex dipendenti delle piattaforme indagate e altri individui.

⁷⁰ La stima del Rapporto è che circa 2,3 milioni di venditori di terze parti fanno affari sul *marketplace* Amazon in tutto il mondo e di questi il 37% fa affidamento su Amazon come unica fonte di reddito, rendendoli essenzialmente ostaggio delle tattiche mutevoli di Amazon. I dati del Rapporto sono presi da JungleScout, *The State Of The Amazon Seller 2020*, 2020.

⁷¹ Si fa riferimento ai "tech giants" poche imprese che, insieme, valgono 7,8 trilioni di dollari, valore inferiore solamente al Pil di USA e Cina. Questi dati valgono la definizione di terza potenza mondiale per le imprese Microsoft, Apple, Alphabet, Amazon e Facebook (fonte: E. Livini, *I cinque giganti dell'hi-tech sono la terza potenza mondiale*, in *La Repubblica*, 3 febbraio 2021).

viduazione poiché si è chiamati ad un intervento pubblico che riesca a garantire i benefici di un'economia data driven, mitigandone i rischi, e che tenga conto delle nuove forme di valore economico che ne derivano.

Gli effetti del potere raggiunto dai principali attori delle economie data driven non sono limitati all'ambito economico ma si ripercuotono sui cittadini, sulla società e sulla democrazia.

Se si volesse tracciare un ordine per il modello regolatorio in chiave concorrenziale si potrebbero ipotizzare una serie di interrogativi.

Il primo, attiene all'oggetto della regolazione. Aspetto tutt'altro che scontato in considerazione dell'interesse interdisciplinare rispetto ai modelli economici data driven, ormai consolidati. La regolazione rimane comunque influenzata dalla interdisciplinarietà del fenomeno e, indipendentemente dall'angolo visuale adottato, si dovrà porre in essere un'operazione sinottica che eviti regolazioni tra loro disomogenee. Ciò che è consentito dalla regolazione a tutela della privacy, ad esempio, potrà non esserlo sotto altri profili.

Individuato l'oggetto della regolazione è necessario definire lo strumento con cui regolare.

Al riguardo la regolazione oscilla tra due estremi di assoluta rigidità e di assoluta flessibilità. Da una parte, la forma più rigida di regolazione è la legge. Dall'altra, la forma più flessibile di regolazione è l'autonomia privata. Tra questi poli, comunque, ci sono interessanti vie di mezzo per una regolazione condivisa e, quindi, efficace.

Il rischio di una regolazione troppo rigida è quello di prevedere oneri eccessivamente gravosi per i new comers i quali dovranno adeguarsi a regole tarate essenzialmente su operatori consolidati. Una regolazione troppo rigida, ancora, potrebbe, però, portare a disincentivare investimenti in innovazione.

L'esigenza di una regolazione in materia è stata manifestata anche dagli operatori di settore. È infatti recente lo scontro tra due grandi operatori (Apple e Facebook). Da una parte, Apple intende sostenere una politica di maggior tutela della privacy degli utenti tramite la previsione di un'espressione di consenso per autorizzare le applicazioni in uso a raccogliere i loro dati e a tracciarli su Internet a fini di raccolta pubblicitaria. Facebook, che sulla pubblicità mirata basa il 99% dei suoi proventi, lamenta che tale condotta rappresenterebbe una pratica anticoncorrenziale e di abuso del suo potere di mercato. Secondo la ricostruzione di Facebook, dunque, Apple starebbe mascherando dietro la tutela della privacy i propri interessi commerciali. D'altronde, a legislazione invariata, la verità starebbe nel mezzo: ben può Apple limitare l'acquisizione da parte di terzi di dati riferibili agli utenti così come ben può sostenere Facebook che tale mossa sia dettata da esigenze di mercato. Ancora una volta, spetta ai pubblici poteri intervenire per regolare la materia, con non pochi dubbi.