

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZACORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

TESI DI LAUREA IN DIRITTO INDUSTRIALE

ABUSI DI POSIZIONE DOMINANTE NEI MERCATI DIGITALI E NUOVI MONOPOLI

Relatrice: Chiar.ma Prof.ssa Francesca Vessia	
	Laureando: Francesco Petrocelli
ANNO ACCADEMICO 20	019/2020

Nel ricordo di Nonna Melina, di ogni sua carezza

3

ABUSI DI POSIZIONE DOMINANTE NEI MERCATI DIGITALI E NUOVI MONOPOLI

IL TE	EMA. I BIG DATA E I MERCATI DIGITALI	6
1. 0	CONOSCENZA E CARATTERI GENERALI DEI BIG DATA	6
	I MERCATI MULTI-VERSANTE: CARATTERISTICHE E NOVITÀ. UNA RIFLESSIONE SUGLI ZERO-SERVICES.	
<i>3. 1</i>	LA CONSAPEVOLEZZA DEGLI UTENTI NELLA REALTÀ DATA DRIVEN	30
CAPI	TOLO 1. GLI ABUSI DI DOMINANZA DEI TECH GIANTS	43
	IL CARATTERE ECONOMICO DEI BIG DATA: INPUT, OUTPUT E RISORSE STRATEGICHE	
	L'ESSENZIALITÀ DEI DATI E LA (NON) APPLICABILITÀ DELLA EFD	
	LE CONDOTTE DELLE PLATFORMS NELLA CORNICE DEGLI ABUSI TRADIZIONALI DELL'ART. 102 TFUE	
	PROFILI DELLA "DOMINANZA DIGITALE CLASSICA" (SEGUE)	
5.	LA VIA (MENO ESTREMA) DELL'ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA	
6.	SPUNTI DALLE CONCENTRAZIONI	70
CAPI	TOLO 2. IL POTERE DI MERCATO DEI NUOVI GIGANTI DEL WEB	74
1.	IL TEMA DEL MERCATO RILEVANTE DEI DATI	74
2.	LA DIMENSIONE MERCEOLOGICA	77
3.	LA DIMENSIONE GEOGRAFICA	
4.	ALTRE VARIABILI RILEVANTI: VERSO IL SUPERAMENTO DELLO SSNIP TEST	
5.	I GIGANTI DEL WEB COME "MOLIGOPOLISTS": L'APPROCCIO "ACROSS-MARKETS" E IL CASO AMA 95	ZON
	TTOLO 3: L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE DI FACEBOOK, TRA TUTELA LA <i>PRIVACY</i> E TUTELA DEL CONSUMATORE	102
	Un futuro hipster?	
	LA CONDOTTA DI FACEBOOK E LA (LUNGA) DECISIONE DELLA FTC, TRA SHERMAN ACT E PRIVACY	
	LA LEZIONE DEL BUNDESKARTELLAMT E IL CASO FACEBOOK: L'INTEGRAZIONE EFFICIENTE DELLA TU	
	LLA CONCORRENZA E DELLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI	
4. 1	LE NOVITÀ DEL GERMAN APPROACH E L'ART. 102 TFUE	125
	FACEBOOK E L'ITALIA. LA TUTELA DEL CONSUMATORE A SERVIZIO DELL'ANTITRUST	
<i>6. 1</i>	LE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE E LA NUOVA TEORIA DEL DANNO	133
7. I	DISCRIMINAZIONE ED ALGORITMI: UN CENNO	136
CON	CLUSIONI	138

Il tema. I Big Data e i mercati digitali

1. Conoscenza e caratteri generali dei Big Data

La quarta rivoluzione industriale, per dirla con Klaus Schwab¹, appare come un moto perpetuo che porta con sé mutamenti epocali ed estremamente rapidi, oltre che spesso imprevedibili. Anche per questa ragione troppo poche sembrano le certezze per indagare questo tempo. Ciò che è certo è che alcuni strumenti, al pari di alcune categorie tradizionali della disciplina antitrust, sono stati messi radicalmente in crisi di fronte all'avvento dei mercati innovativi ed allo strapotere dei giganti del web. Tutta la letteratura rintraccia nel concetto magmatico di Big Data² – che può, in termini generali, descriversi come l'insieme di attività tecnologiche di raccolta, conservazione, analisi e utilizzo di

¹ K. SCHWAB, *The Fourth Industrial Revolution*, relazione al World Economic Forum, Davos, 2015.

² Un approccio innovativo e trasversale per la comprensione globale del fenomeno Big Data è fornito da V. ZENO-ZENCOVICH e G. CODIGLIONE in *Ten Legal Perspectives on the "Big Data Revolution*", in F. Di Porto (a cura di), *Big data e concorrenza*, in *Concorrenza e Mercato*, 29, 2016, p. 29 ss.

enormi quantità di dati³, personali⁴ e non, presenti online⁵ – il carburante dell'ecosistema (o, come si vedrà, degli ecosistemi) digitali⁶. Le prime criticità sorgono, però, già nei tentativi di definire in modo più preciso il perimetro dei Big Data. Se per Daniel L. Rubinfeld e Michal S. Gal i Big Data rappresentano «amounts of data that cannot be analyzed by traditional methods; rather it requires the establishment of a unique platform that can manage substantial volumes of information in a reasonable timeframe»⁷ (gli autori qui ne sottolineano il nesso inscindibile con le piattaforme del web basate su un modello di business multi-versante⁸), è del Commissario Europeo alla Concorrenza, Margarethe Vestager, l'assimilazione dei Big Data ad una new

³ Il tema dei Big Data e della detenzione di informazioni personali si è rivelato particolarmente attuale in relazione ad "Immuni", l'*app* di geolocalizzazione voluta dal Governo italiano per risalire agli spostamenti effettuati da un cittadino risultato positivo al Covid-19.

⁴ Si parla di dati personali, ai sensi dell'art. 4, lett. b), del d. lgs. 196/2003, con riferimento alle informazioni che identificano o rendono identificabile una persona fisica e che possono fornire dettagli sulle sue caratteristiche, le sue abitudini, il suo stile di vita, le sue relazioni personali, il suo stato di salute, la sua situazione economica.

⁵ M. MAGGIOLINO, *I Big Data tra Stati Uniti e Unione europea*, in V. Falce, G. Ghidini e G. Olivieri (a cura di), *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, in *Quaderni romani di Diritto Commerciale*, 36, 2018, p. 267.

⁶ Il primo a parlare di Big Data è stato John Mashey, stratega della Silicon Graphic, a metà degli anni Novanta. Tra i primi interventi in letteratura spicca X. SALA-I-MARTIN, *I Just Ran Two Million Regression*, in *American Economic Review*, 1997.

⁷ D.L. RUBINFELD e M.S. GAL, *Access Barriers to Big Data*, in *Arizona Law Review* 59, 2017, pp. 339-381. Della stessa linea il report di THE MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, *Big Data: The next frontier for innovation, competition and productivity*, 2011, p. 5 ss., per cui «software ed hardware tradizionali» non riuscirebbero a raccogliere Big Data in un «tempo tollerabile». Il report è disponibile su: https://www.mckinsey.com/~/media/McKinsey/Business%20Functions/McKinsey%20Digital/Our%20Insights/Big%20data%20The%20next%20frontier%20for%20innovation/MGI big data exec summary.ashx.

⁸ Tema trattato al paragrafo successivo.

currency: una nuova valuta o, più efficacemente, "il nuovo petrolio" nella miniera della data economy⁹.

Tra gli inquadramenti più lucidi va annoverato quello formulato da A. De Mauro¹⁰ e ripreso dall'OCSE, secondo cui «*Big Data is the information asset characterized by such an high volume, velocity and variety to require specific technology and analytical methods for its transformation into value»*¹¹.

Sono queste le caratteristiche essenziali dei Big Data, riconosciute generalmente come le "3V": volume, velocità e varietà ¹². La prima fa riferimento all'enorme dimensione dei dati generati e raccolti, tanto da battezzare gli anni che verranno come "età dello zettabyte", unità del futuro che, stando alle previsioni, in pochi anni misurerà una mole di dati pari a centinaia di terabyte (già oggi Twitter e Facebook generano rispettivamente 12 e 25 terabyte al giorno), complice la crescente centralità dei sensori dell'Internet delle cose e

⁹ M. VESTAGER, *Competition in a big data world*, conferenza tenuta a Monaco nel 2016. http://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world en.

¹⁰ A. DE MAURO, M. GRECO, M. GRIMALDI, A Formal Definition of Big Data Based on its Essential Features, in Library Review, 65, 2016 p. 122 ss.

OCSE, Big Data: bringing competition policy to the digital era. Background note by the secretariat, 2016, consultabile presso https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf, pp. 3 ss.

¹² La letteratura in merito è ampia. Testo pioneristico è stato quello di D. LANEY, *3D Data Management: controlling data Volume, Velocity and Variety*, META Group/Gartner Report, 2001. Ma vd. anche J.S. HURWITZ, M. KAUFMANN, A. BOWLES, *Cognitive Computing and Big Data Analytics*, Wiley, Indianapolis, 2015.

della connessione 5G. Strettamente connesso al volume è il carattere della velocità - o meglio della qualità della velocità - che rende i dati immediatamente disponibili e, come si vedrà, processabili con rapidità, spesso in tempo reale. Ancor più rilevante è poi l'eterogeneità delle fonti, cioè la loro varietà. I dati disponibili, infatti, provengono da differenti sorgenti (telecamere di sorveglianza, app del cellulare, scatole nere, solo per citarne alcune) e hanno perciò diversi formati – si ricorre in genere alla tripartizione fra dati strutturati, non strutturati e semistrutturati¹³ – e diverse accumulazione, modalità di rappresentazione, analisi (ed utilizzo) del patrimonio raccolto. Attività, queste, rese possibili ed accessibili grazie a strumenti come il cloud computing¹⁴ - una frontiera che appena vent'anni fa rasentava il fantascientifico - in grado di processare, riunire e riconfigurare enormi quantità di dati.

Accanto alle tre V sopracitate, un'ulteriore V accostata con frequenza al fenomeno Big Data, insieme a fattori rilevanti come la

¹³ E cioè fra dati organizzati con una precisa struttura, dati disordinati (in circa l'80% dei casi) che necessitano di un'attività di interpretazione e dati in parte già sistemati, come le e-mail.

¹⁴ La Commissione Europea, nella *Iniziativa europea per il Cloud computing* (2016), individua nel cloud la "combinazione di tre elementi interdipendenti: le infrastrutture di dati che archiviano e gestiscono dati, le reti a Banda larga che trasmettono i dati e computer sempre più potenti che possono essere utilizzati per l'elaborazione dei dati". Affine a questo inquadramento è la definizione del National Institute of Standards and Technology (NIST), che evidenzia come il *cloud* permetta un accesso rapido e conveniente ad un pool di risorse di calcolo, utilizzabili immediatamente.

valenza e la visualizzazione ed attributi come ubiquità¹⁵, raffinatezza, esaustività e malleabilità¹⁶, è la **veridicità**, che introduce l'elemento soggettivo della fiducia che si può riporre nei dati. E ancor più, nel loro valore economico¹⁷. È proprio il **valore** infatti la quinta V e l'aspetto più rilevante dei Big Data, che sposta il discorso sulla finalità del loro uso ed impiego, e cioè la produzione di una informazione che le piattaforme, che arrivano a detenere i dati a vario titolo, potranno diffondere nel mercato o anche impiegare per innovare i loro processi e i beni destinati al mercato.

Insomma, i dati avrebbero un significato per la loro funzione strategica – che garantirebbe produzione di ricchezza, in rapporto al mercato e al mondo esterno – legata alla loro analisi e al contenuto, più o meno immediato, che ne deriva. Sarebbero allora Big Data tutti «gli insiemi digitali capaci di creare valore tramite la produzione di conoscenza» La chiave del vantaggio competitivo, come si avrà modo di analizzare più approfonditamente, risiede così proprio in questa catena del valore, nella capacità di raccogliere, immagazzinare e

_

¹⁵ F. VESSIA, *Big Data in Digital Markets and Antitrust Concerns*, lezione tenuta presso la University of Economics, Katowice, ottobre 2019.

¹⁶ Questi caratteri, a loro volta, richiamano la diffusione, la precisione, la completezza e la facilità di adattamento a criteri e scenari futuribili.

¹⁷ Sull'importanza del valore, OCSE, *Data-Driven Innovation For Growth And Well-Being, Interim Synthesis Report*, 2014.

¹⁸ M. MAGGIOLINO, *I Big Data e il diritto antitrust*, Milano, 2018, p. 29.

analizzare i dati, facendo uso di algoritmi sempre più sofisticati, per offrire servizi sempre nuovi, qualitativamente migliori, personalizzati rispetto alle esigenze dei singoli consumatori e a prezzi più bassi di quelli rinvenibili sui mercati tradizionali¹⁹.

Prima di tracciare nel dettaglio gli "ingranaggi" della *Big Data value chain* che ogni impresa digitale segue, occorre precisare che i dati in questione possono essere personali – concessi dagli stessi consumatori, a volte consapevolmente rispetto al servizio offerto, come nel caso dei *social network*, altre volte inconsapevolmente²⁰ - e non personali. Questo binomio, di difficile applicazione pratica, è rilevante anche ai fini del regime di applicabilità per il trattamento dei dati: se per quelli personali il principale riferimento normativo è il recente Regolamento Ue n. 2016/679 (da adesso RGDP, approfonditamente trattato nel terzo capitolo), per i non personali l'orientamento comunitario, come testimoniato anche dal recente Regolamento Ue 2018/1807, prevede un regime di libera circolazione.

¹⁹ F. VESSIA, *Big data: dai vantaggi competitivi alle pratiche abusive*, in *Giur. comm*, 1, 2018, p. 1064 ss. E vd. anche G. PITRUZZELLA, *Big data, competition and privacy: a look from the Antitrust perspective*, in F. Di Porto (a cura di), *Big data e concorrenza*, in *Concorrenza e mercato*, 23, 2016, p. 15 ss.

²⁰ A tal proposito, G. COLANGELO e M. MAGGIOLINO, *Data protection in Attention Markets: Protecting Privacy through Competition?*, in *J. Eur. Comp. Law & Practice*, 8, 2017. Se per servizi come Facebook il consumatore è consapevole di cedere proprie informazioni per ottenere in cambio un account e la possibilità di interagire con gli utenti, sono innumerevoli e frequenti le circostanze per cui alcuni operatori ottengono informazioni importanti dai soggetti senza che questi ne abbiano contezza (è lo schema classico dei *cookies*).

Tornando alla catena di valore, premessa per osservarne le diverse fasi è che la finalità dei processi che si basano sull'uso dei Big Data vuole essere quella di «accrescere l'efficienza dei processi produttivi, migliorare la capacità decisionale degli amministratori, prevedere più accuratamente le tendenze di mercato e indirizzare in modo molto più mirato (e dunque variamente efficiente) la pubblicità o le diverse proposte commerciali»²¹.

La centralità della *chain* risiede appunto nell'estrazione di conoscenza dal dato. In linea generale sono tre le (macro)fasi, strutturali e analitiche, lungo le quali si snoda questo processo: la raccolta dei dati, l'elaborazione e l'interpretazione. La raccolta ha inizio con la generazione dei dati da parte degli utenti, tramite le loro attività online – i servizi più accorsati sono i motori di ricerca, i *social network* e i siti di *e-commerce* – e *offline* (come il GPS, che può rimanere attivato anche su uno *smartphone* non in uso), e da parte dell'*Internet of Things*²², che vede sempre più dispositivi autonomi, interconnessi ed in grado di registrare comportamenti umani e generare dati, nei contesti più disparati (Alexa è solo uno degli ultimi casi di dispositivi che stanno

²¹ AGCM, AGCOM, GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, 2020, p. 13 ss. L'indagine è consultabile su: https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC Big%20data imp.pdf.

²² Un quadro completo sugli sviluppi dell'Internet of Things è dato dallo *Staff Report* della FTC, *Internet of things: Privacy and Security in a Connected World*, 2015.

spopolando nel settore della domotica, con conseguenze ancora non valutabili)²³. ciò segue il momento di acquisizione/ immagazzinamento dei dati che, per i dati online, avviene quasi interamente attraverso i *cookies*, sistemi di tracciamento che raccolgono preferenze di comportamenti un consumatore-navigatore (formalmente, richiedendo il suo consenso) su un determinato sito internet; e il tutto avviene, sempre più, direttamente dagli *smartphone*, per mezzo dei quali vengono eseguite un numero sempre maggiore di operazioni, con un unico strumento connesso ad internet (che si muove grazie ad un sistema operativo predefinito e con le app)²⁴. I dati vengono poi memorizzati e caricati nella memoria del sistema adibito al trattamento e all'analisi. Qui vengono aggregati, confrontati ed integrati con altri dati.

²³ Sulle strategie di Amazon, sul ruolo sempre più invasivo di Alexa e su come questo dispositivo presto risolverà quasi tutti i nostri problemi, anche entrando nelle nostre sfere private, vd. M. J. VEILLEUX, *Alexa, Can You Buy Whole Foods: An Analysis of the Intersection of Antitrust Enforcement and Big Data in the Amazon-Whole Foods Merger*, in *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 37, 2019, pp. 496-512. Per D. EVANS, *How the Internet of Everything will change the world... for the better #IoE*, 2012, consultabile presso http:// blog.cisco.com/news/how-the-internet-of-everything-will-change-the-worldfor-thebetter-infographic, sarebbe più opportuno parlare di *Internet of Everything*, vista la quantità e la diffusione di oggetti intelligenti ed interconnessi che registrano gran parte della nostra vita quotidiana.

Alcune di queste *app* sono preinstallate ed altre successivamente scaricate dall'utente: solo i dati derivanti da queste ultime non saranno di proprietà dell'azienda dello *smartphone*. A titolo esemplificativo: iPhone funziona grazie al sistema iOS ed ha "incorporati" una serie di strumenti che usiamo quotidianamente (fotocamera e Maps, tra tutte) di proprietà di Apple.

È doveroso, per comprendere appieno le successive fasi di elaborazione ed analisi, precisare che, come già si evince dagli elementi illustrati, «la realizzazione di un big data presuppone la predisposizione di un adeguato sistema di raccolta dei dati, di un'infrastruttura di archiviazione e di un *software* per la successiva elaborazione»²⁵. E poiché questo potrebbe comportare costi elevati, frequentemente gli operatori ricorrono ad infrastrutture condivise o, se l'infrastruttura appartiene ad una sola impresa, «mettono a frutto i dati acquisiti anche mediante licenze d'uso che permettano di ottenere un ulteriore ritorno economico dell'investimento sostenuto»²⁶.

In altre parole, una piattaforma può acquisire i dati autonomamente o, se non lo ritenga economicamente conveniente o sostenibile, affidarsi ad infrastrutture gestite da terzi ed acquistare – in una relazione "contrattuale" di *outsourcing*, una sorta di somministrazione – da questi i dati, grezzi o già elaborati, per le proprie finalità. Merita un cenno la distinzione, nell'ambito della raccolta dei dati, tra il modello delle *attention platforms* – come Google e Facebook – e quello delle *matching platforms*: le prime funzionano con un click,

²⁵ Così E. MAGGIO e D. MULA, *Big Data e strumenti negoziali*, in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, 36, 2018, p. 150. V. anche R. ROMANO, *Big Data, smart cities e proprietà intellettuale: quale il giusto equilibrio?* in V. Falce, G. Olivieri (a cura di), *Smart cities e diritto dell'innovazione*, Milano, 2016, p. 264.

che è il "tempo" con cui l'utente cede i propri dati in cambio del servizio; le seconde, invece, danno vita a vere e proprie transazioni²⁷.

In questa cornice è doveroso anche ricordare la presenza sul mercato di *open data*²⁸ (dati pubblici, accessibili a tutti) e quella massiccia di *data brokers*, operatori che aggregano dati provenienti da diverse fonti, pubbliche, private, *online*, *offline*, suddividendo gli individui in categorie e assegnando loro un *target*, per poi rivendere le informazioni che riescono ad elaborare.

Ed eccoci all'elaborazione vera e propria. Molteplici sono gli step per il raggiungimento dello scopo ultimo di ricavare (questa attività è comunemente intesa come data mining), da dati grezzi, inferenze che possano incidere sul processo decisionale²⁹ e sulla attività economica di **I**1 di un'impresa. volume, spesso immenso, dati raccolti indistintamente³⁰ infatti va prima "filtrato" organizzato ed

²⁷ La distinzione è oggetto di ampie trattatazioni. Vd., tra gli altri, il *report* congiunto di AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT, *Competition Law and Data*, 2016. Sulla struttura e gli effetti che derivano da queste transazioni si ritornerà nei prossimi paragrafi. Il *report* è disponibile su: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20 Papier.pdf? blob=publicationFile&v=2.

²⁸ Di *open data* si parla molto nella Pubblica Amministrazione. Per parte della dottrina la soluzione, anche alla luce delle nuove direttive europee sulla *privacy*, sarebbe cercare di rendere *open* più dati possibile, anche nei rapporti fra utenti e piattaforme digitali.

²⁹ Di questo avviso V. MAYER-SCHÖNENBERG e K. CUKIER, *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013, p. 16.
³⁰ Sulla caducità del carattere del volume, vd. M. MAGGIOLINO, *I Big Data e il diritto antitrust*, cit., p. 34 ss. I dati digitali, che "viaggiano" a velocità altissime, finirebbero per 'bruciarsi' presto e perdere il requisito indispensabile della tempestività. Tuttavia, come sottolineato dall'A., il tratto distintivo del processo di trattamento dei Big Data è di raccogliere ogni dato raccoglibile, per estrarre il necessario solo *ex post*.

razionalmente, eliminando elementi inutili, improduttivi o superflui³¹. Questa operazione è peraltro necessaria perché il dato sia corretto, oltre che affidabile, rispetto all'informazione che si cerca di ottenere. Solo in questo momento interviene la *big data analytics*: la fase concreta di analisi dei dati, volta ad ottenere l'informazione necessaria e utile al processo decisionale (informazione che può essere la soluzione ad una criticità, la formulazione di una nuova teoria ma anche, più banalmente, la risposta ad una richiesta specifica) attraverso tecniche spesso automatizzate, soprattutto algoritmiche, che - processando, leggendo, incrociando e correlando i dati e gli elementi a loro disposizione - sono in grado di produrre una forma matematica di calcolo e di conoscenza, anche predittiva³² (risultando già immediatamente utili, dunque, per i "problemi" del futuro).

Questo specifico passaggio, *ça va sans dire*, percorre un binario dove l'elemento umano fa da grande assente, sia se gli strumenti di *data mining* sono classici (come la distinzione per *cluster*, grandi raggruppamenti di dati omogenei), sia se essi afferiscono ad aree di intelligenza artificiale sperimentali (come i *sequential patterns*, che

³¹ Sono molteplici le tecniche adottate sia per ridurre il volume del dato, sia per evitare la sua ridondanza, come il campionamento o la conservazione del dato in *data silos* per gli usi successivi.

³² Sul ruolo specifico degli algoritmi, sul loro utilizzo e sulla capacità predittiva, vd. *infra* par. successivo e cap. 3.

rimpiazzano il vecchio modello di classificazione con un'aggregazione di dati per relazione) e coinvolgono anche i *metadati*, che sono dati nuovi, ottenuti dall'analisi di dati già disponibili. L'intreccio, in ogni caso, consiste nell'individuazione di "ideal-tipi" e nell'associazione di ogni soggetto ad un "tipo", un segmento preciso. Il risultato ottenuto con questi codici viene poi trasformato in un linguaggio adatto per gli operatori ed i consumatori ed è, infine, utilizzabile per il momento decisionale³³. È così che l'informazione (bene intermedio) diventa, sul mercato, un servizio, un bene, un'idea "tangibile".

La portata applicativa dei Big Data, come ricordato dall'indagine conoscitiva sui Big Data di AGCM, AGCOM e Garante per la protezione dei dati personali, appare dunque immensa: dal miglioramento dei processi gestionali e operativi delle organizzazioni, all'offerta di prodotti e servizi innovativi, al raggiungimento di una conoscenza dettagliata dei consumatori (che, come si vedrà, implica una personalizzazione "feroce" dell'offerta, sempre attraverso gli algoritmi, tanto da poter essere confezionata su misura per ogni singolo individuo), all'offerta virtuosa di nuovi servizi pubblici. Gli aspetti positivi sono indubbi.

³³ Decisione che dipende, dunque, in larga parte, dai dati stessi: per questa ragione si parla di data *driven decision making*.

Emergono dunque le prime certezze, ma si pongono anche tanti inquietanti interrogativi. Come osservato, il dato è certo l'*input* essenziale perché si avvii questa produzione di conoscenza. Ma, di per sé, il dato non ha alcun... valore: andrà raccolto, confrontato con insiemi di altri dati, altre fonti, "pulito", analizzato ed interpretato con i giusti sistemi. Solo così acquisterebbe, eventualmente, utilità pratica o, meglio, spendibilità. Su questa falsariga si muovono le argomentazioni della teoria della piramide DIWK (*Data Information Knowledge Wisdom*)³⁴ secondo cui è indubbio che l'uomo produca e osservi, *naturaliter*, dei dati. Questi però, vanno organizzati perché possano rispondere a delle domande ed avere un senso: diversamente, anche un grande insieme di dati risulta sterile³⁵.

Ulteriore osservazione critica, in subordine, riguarda la natura intrinsecamente soggettiva dei dati, che sono trattati con sistemi ed algoritmi programmati con indirizzi "umani", discrezionali³⁶. Non solo, allora, la conoscenza non sarebbe così scontata, ma anzi il lungo processo di elaborazione potrebbe portare ad una forma di conoscenza

³⁴ Da più di dieci anni, anche in tema di mercati digitali, questa impostazione riscuote molto successo. Vd., tra gli altri, J. ROWLEY, *The Wisdom Hierarchy: Representations of the DIKW Hierarchy*, 33 *Journal of Information Science* 163, 2007.

³⁵ In questo senso, F. DI PORTO, *La rivoluzione big data. Un'introduzione*, in F. Di Porto (a cura di), *Big data e concorrenza*, cit., p. 7.

³⁶ Solleva dubbi a riguardo R. SHAW, *Big Data and Reality*, *Big Data & Society*, 1, 2015. Per l'A. la gestione dei dati sarebbe comunque frutto di scelte soggettivamente orientate.

incompleta, mediata, poco oggettiva e non del tutto affidabile. Se ciò fosse sempre vero le ricadute, anche in termini di vantaggio competitivo e rafforzamento di posizioni dominanti (come si vedrà), sarebbero importanti.

Ancora a proposito del valore, risulta solo parzialmente valido il paragone ormai consueto con il petrolio che, a differenza del dato, si misura con parametri oggettivi (e visibili), comuni in tutto il mondo. Il valore esatto del dato, invece, è incerto ed influenzato da variabili talvolta imprevedibili³⁷: non solo per un'impresa un certo dataset potrebbe risultare fondamentale, mentre per un'altra superfluo, ma potrebbe anche diventare presto obsoleto. È l'altra faccia della medaglia della velocità³⁸. Lungo e complesso, poi, è il dibattito ancora in corso sulla natura espressamente non rivale del dato stesso³⁹.

Verrebbe allora naturale chiedersi se il dato diventi moneta di scambio quando ceduto ad una piattaforma: se la soluzione fosse affermativa, forse ci si troverebbe di fronte ad una delega. Occorre

³⁷ È questa la posizione sostenuta da M. DELMASTRO, A. NICITA, *Big data. Come stanno* cambiando il nostro mondo, Bologna, 2019, p. 29 ss. Il prezzo di un certo volume di dati dipende, per gli Autori, da tanti fattori: la varietà, il numero di azioni e di individui che l'ha generato, lo specifico impiego attuale e prospettico. Il Financial Times ha di recente messo a disposizione di ogni lettore, sul proprio portale, un calcolatore di valore di dati. A Londra, invece, per la prima volta un negozio di abbigliamento ha simulato la vendita di magliette e pantaloni, accettando come "moneta" i dati personali degli acquirenti, valutandoli su una propria scala di parametri. ³⁸ Argomento trattato al par. 1.3.

³⁹ Vd. infra.

chiedersi, alla luce di ciò che si è detto e si dirà, se ci sia poi un vero e proprio "consenso" consapevole, chi sia il proprietario dei dati, quali siano le implicazioni legate alla *privacy*⁴⁰. E ancora, chiedersi se si possa arrivare a detenerne troppi e se il vantaggio competitivo che ne deriverebbe, che come visto non sarebbe così immediato, non costituisca un pericolo concreto per la concorrenza.

Questi sono solo alcuni sentieri, alcune tracce su cui muoversi.

Occorre però, prima di tutto, osservare e definire il contesto delle piattaforme digitali, il mercato in cui operano e il modello di business che adottano.

⁴⁰ È già il caso di menzionare i tre paradossi dei Big Data evidenziati da N.M. RICHARDS e J.H. KING, *Three paradoxes of big data*, in *Stanford Law Review online*, 66, 2013, p. 42 ss., disponibile su https://ssrn.com/abstract=2325537. I Big Data, infatti, raccolgono informazioni private per un trattamento coperto da segreto legale e commerciale (paradosso della trasparenza); i risultati ottenuti ledono la protezione dell'identità individuale e collettiva (paradosso dell'identità); si concentrano nelle mani dei giganti del *web*, sfuggendo al controllo degli individui (paradosso del potere).

2. I mercati multi-versante: caratteristiche e novità. Una riflessione sugli zero-services

«In our increasingly networked world, the building blocks of big data are everywhere»⁴¹. Le impressionanti novità dovute alla «dittatura dei dati»⁴² si ripercuotono anche sullo "spazio", profondamente dinamico, in cui gran parte delle imprese del *web* si muovono: la dimensione del mercato *multi-versante* (*multi-sided*), caratterizzato da due (o più) versanti sui quali le imprese operano simultaneamente (in modo connesso e parallelo)⁴³.

Se nello specifico tanti sono i modi con cui le diverse piattaforme declinano questo modello, la funzione generale appare la stessa: quella di *matchmaker*, intermediari tra due (o più) gruppi di agenti economici,

EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT (USA), *Big Data: A Report on Algorithmic Systems, Opportunity, and Civil Rights*, report del 2016. Così anche OCSE, *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*, Parigi, 2015, reperibile su: https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/data-driven-innovation 9789264229358-en#page248.

⁴² È questo il titolo del saggio provocatorio di B. KAISER, *La dittatura dei dati. La talpa di Cambridge Analytica svela come i big data e i social vengono usati per manipolarci e minacciare la democrazia*, New York, 2019.

⁴³ Così F. VESSIA, *Big data: dai vantaggi competitivi alle pratiche abusive*, cit., p. 1068 ss., che rinvia anche ai contributi significativi come quello di I. GRAEF, *Market definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms*, in *World Competition: Law and Economics Review*, 38, 2015, p. 474 ss., reperibile su https://ssrn.com/anstract=2657732. Vd. anche, sullo stesso tema. D.S. EVANS, *The Antitrust Economics of Multi-sided Platform Markets*, in *Yale Journal on Regulation*, 2003.

ai quali assicurano un luogo virtuale di incontro per facilitarne interazioni e scambi⁴⁴. Che si tratti di:

- social network (come Facebook ed Instagram), che chiedono dati ed informazioni agli utenti come requisito per accedere alla piattaforma ed interagire con gli altri profili;

- o *search engine* (Google fra tutti, ma anche Yahoo!, per i più nostalgici), motori che rispondono con uno o più risultati alle richieste che sono formulate (sulla stringa di ricerca) dagli utenti, dei quali vengono memorizzate le *queries*;

- o ancora siti di *e-commerce* (come Amazon o Alibaba), che accolgono sul proprio portale di vendita i prodotti da offrire agli utenti, l'altra "faccia" del mercato, l'altro versante, è generalmente il medesimo: gli inserzionisti pubblicitari, interessati ad aver accesso ai dati raccolti dalla piattaforma (che, in una sorta di *sharing*, li condivide), che concede, vende loro spazi pubblicitari (anche di pubblicità comportamentale, come si vedrà). È questo, dunque, il versante della pubblicità online cui tanto siamo abituati e che modula, sui nostri comportamenti, i beni e servizi offerti.

⁴⁴ D.S. EVANS, R. SCHAMALENSEE, *Matchmakers, The New Economics of Multisided Platforms*, Harvard, 2016. Ripreso da G. COLANGELO, *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Mercato concorrenza Regole*, 3, 2016, p. 454 ss.

Ma sarebbero forse utili ulteriori elementi e riflessioni perché il quadro sia completo. Appare evidente come ci si trovi di fronte ad un modello economico *di scala*⁴⁵, con elevati costi fissi – quelli infrastrutturali di gestione che, come visto, non tutti sono in grado di sostenere⁴⁶ – e costi variabili bassi, se non nulli: sono, queste, caratteristiche intrinseche del business dei dati⁴⁷.

Appare anche chiaro come lo scenario sia radicalmente diverso dal tradizionale mercato mono-versante. I due versanti, qui, "dialogano", abbattono i costi di transazione, sono (inter)connessi ed interdipendenti grazie alle c.d. *esternalità* o *effetti di rete*⁴⁸, il nuovo e fluido linguaggio con cui si parlano.

Nello specifico, si hanno effetti di rete diretti quando «il valore di un bene o di un servizio per un individuo aumenta direttamente all'aumentare delle persone che posseggono il medesimo bene o

⁴⁵ Come segnalato da AGCM, AGCOM, GARANTE, *Indagine conoscitiva*, cit., questo tipo di economia – che è anche di scopo – può prevedere costi fissi così elevati da risultare praticamente non recuperabili (c.d. *sunk cost*), p. 72.

⁴⁶ Scenario frequente nel caso dei motori di ricerca. Il vantaggio competitivo di Google appare, infatti, praticamente irraggiungibile. Così la Commissione Europea nel caso Google Search, "AT.39740 Google Search (Shopping)", 2017, reperibile presso http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_5.pdf, par. 340.

⁴⁷ M. Gambaro, *Big data, mercato e mercati rilevanti*, in *Informazione e big data*, cit., p. 197 ss.

⁴⁸ Puntuale inquadramento degli effetti di rete è fornito da OCSE, *Market definition in multi-sided markets*, 2017, p. 1 ss., su OECD,DAF/COMP/WD(2017)33.

aderiscono al medesimo servizio»⁴⁹. In sostanza, più è crescente il numero dei consumatori interconnessi, più ne beneficia il singolo consumatore, più cresce il valore della rete e più crescono le informazioni che questa acquisisce. Parallelamente, ci sono gli effetti indiretti (membership externalities), che si riferiscono non più alla sfera interna della piattaforma, ma all'interazione con il gruppo dell'altro versante (come illustrato precedentemente, quello degli inserzionisti), che vede aumentata la propria utilità, e la propria qualità del servizio, con l'aumento delle utenze (e dunque dei dati) sul primo versante⁵⁰. Ulteriore distinzione interna agli effetti di rete indiretti è, peraltro, quella tra unilaterali e bilaterali: solo nei secondi entrambi i versanti godono dell'incremento del proprio gruppo, che fa crescere anche l'altra parte (così funziona Amazon: più sono i venditori, più è alto il valore di ogni acquirente)⁵¹.

Prima di proseguire con l'analisi, è giusto ricordare che non tutte le piattaforme, che svolgono il ruolo di intermediari, operano allo stesso

⁴⁹ M. DELMASTRO, A. NICITA, *Big data*, cit., p. 60. Gli Autori evidenziano come ci siano tredici tipi di effetti di rete, ma tutti con la stessa funzione: correlare la dimensione di una rete al suo valore economico ma anche sociale.

⁵⁰ Sulle caratteristiche degli effetti di rete indiretti e sui *feedback loops* che ne derivano, vd. N. NEWMAN, *Feature: Search, Antitrust, and the Economics of the Control User Data*, in *Yale J. on Reg.*, 2014, p. 405 ss.

⁵¹ Sul punto vd. F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust (seconda ed.)*, Torino, 2019, p. 192. Negli effetti indiretti unilaterali, invece, solo uno dei versanti beneficia dell'aumento di utenti dell'altro gruppo.

modo⁵²: alcune, infatti, sono *transaction platforms*, e cioè vere e proprie piazze di scambio e di incontro (*matching*), di transazioni commerciali fra i diversi gruppi coinvolti, con effetti dunque bilaterali; altre, invece, sono *non-transaction platforms*, cioè di non contrattazione, ma di mera *attention*, di un altro tipo di scambio: quello, appunto, dell'attenzione⁵³, che può determinare una sorta di squilibrio nei rapporti.

È il caso di iniziare a ragionare su esempi concreti. Nel modello di business adottato da Facebook⁵⁴ si può osservare il ruolo di intermediario della piattaforma che da un lato si "relaziona" direttamente con gli utenti, offrendo loro, a prezzo nullo (o così sembra, come si dirà tra poco) ed in cambio di dati forniti con un *click* i servizi di socialità, condivisione di contenuti ed interazione con gli altri account (insomma, la gamma completa del social); dall'altro lato, simultaneamente, si rivolge agli inserzionisti pubblicitari, garantendo

⁵² Ulteriore distinzione, fra le altre interne alla funzione di intermediari, è profilata da D.S. EVANS e R. SCHMALENSEE, *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, in *Competition Policy International*, 3, 2007, p. 150 ss., ripresa anche da G. COLANGELO, *Big data, piattaforme digitali*, cit., p. 433. Sarebbe ipotizzabile una tripartizione tra *market makers* (luoghi di incontro e relazioni commerciali tra gruppi diversi); *audience makers* (luoghi che permettono agli inserzionisti di rivolgersi ai consumatori); *demand coordinators* (gestiscono e raccolgono la stessa domanda, ma di diversi gruppi: è il caso dei sistemi operativi). È, tutto sommato, una specificazione del grande binomio *transaction – non-transaction*.

⁵³ La differenza, a volte sottile, è illustrata da G. MUSCOLO, *Big data e concorrenza. Quale rapporto?*, in *Informazione e Big data*, cit., p. 174 ss. Servizi come *social* e motori di ricerca, con importanti eccezioni, sarebbero *attention platforms* e funzionerebbero con la adesione *per-click* degli utenti ai quali nulla viene chiesto se non, appunto, la loro attenzione

⁵⁴ Agli aspetti (e i casi) legati a Facebook è dedicato ampio spazio nel cap. 3.

loro spazi di pubblicità ("modellata" e riferita proprio alle informazioni cedute dagli utenti sull'altro versante) in cambio di prezzi – questa volta sì, vere e proprie tariffe – positivi⁵⁵.

Ne scaturiscono considerazioni da non trascurare. Prima di tutto, il "sovvertimento" delle strutture unilaterali classiche si deduce già dalla circostanza per cui l'intermediario funge da ago della bilancia tra due domande⁵⁶, calibrando un dialogo tra due mondi diversamente non in contatto (o meglio, non in modo così immediato, facile ed apparentemente conveniente per entrambi, soprattutto per i consumatori!). Ciò avviene con estrema velocità e capacità di adattamento. Sembra, poi, che tutto si basi su una sorta di asimmetria, informativa ed... economica, legata *in primis* alla presunta *gratutità* del servizio offerto ai consumatori.

Rimanendo nel perimetro di Facebook e GoogleSearch (sul cui caso specifico si dirà nei prossimi paragrafi), il servizio *zero-price* offerto da queste piattaforme reca inevitabilmente al suo interno una finalità ben precisa: appropriarsi il più possibile di dati, informazioni, preferenze,

⁵⁵ G. MUSCOLO, *ibidem*, richiama la tesi di J. WRIGHT, *One-Sided Logic in Two-Sided Markets*, in *Review of Network Economics*, 3, 2004, p. 50, per cui gli effetti di rete si producono "attraverso" la piattaforma. In altre parole, gli inserzionisti hanno un bisogno... vitale dell'intermediario: diversamente, per raggiungere gli utenti e le informazioni di cui necessitano, dovrebbero pagare questi ultimi, ammesso che riescano a reperirli!

⁵⁶ Come si dimostrerà successivamente, tuttavia, soprattutto per casi di intermediari come Google, l'operatività e l'interdipendenza dei due versanti non è sempre scontata.

movimenti, gradimenti e contenuti postati (risulta evidente come si tratti, in larghissima parte, di dati personali)⁵⁷. Ogni *click* degli utenti contribuisce ad approfondire la conoscenza completa che la piattaforma ha delle loro esigenze e richieste, e dunque, in una parola, dei loro profili.

Insomma, la gratuità di questi servizi online si pagherebbe in realtà con il "prezzo" dei dati personali⁵⁸ e rafforzerebbe la piattaforma che, a fronte di una domanda sempre più definita di ognuno degli utenti, sarebbe in grado di migliorare il servizio offerto, rendendolo profilato – per ognuno, o per gruppi comunque ben individuati – proprio sulla base di ciò che ha raccolto. E, dall'altra parte (rectius dall'altro versante), della medesima raccolta beneficia l'altro gruppo: gli inserzionisti vedranno infatti la possibilità di rivolgere la propria attività in spazi pubblicitari (sempre più) precisi, disponendo di informazioni (sempre più) dettagliate sulle preferenze e i bisogni dei singoli utenti e potendo formulare applicare pubblicità ed una davvero

⁵⁷ OCSE, Quality Consideration in Digital-Zero Price Markets, Background note by the Secretariat, Parigi, 2018, p. 5.

⁵⁸ Vd., sullo scambio del dato come vero e proprio contratto, V. ZENO- ZENCOVICH e G. CODIGLIONE, *Ten Legal Perspectives*, cit., p. 33 ss.

comportamentale⁵⁹. E saranno disposti a pagare ancora per continuare a godere di questi spazi⁶⁰.

È logico allora dedurre che questo scenario sembra convenire tanto agli intermediari *providers* che, a prezzi nulli (data la struttura, come visto, di scala), aumentano la qualità della piattaforma all'aumentare del volume delle informazioni che ricevono dalle adesioni dei consumatori: i due aspetti si alimentano vicendevolmente, perché più alta sarà la qualità della piattaforma, più saranno attratti nuovi consumatori – ma lo stesso si può dire di quelli già "fidelizzati" - a fornire dati⁶¹. E tanto basta per attrarre sempre più inserzionisti, circostanza che tra le altre cose si traduce in maggior guadagno per la piattaforma *provider*. È un doppio circolo virtuoso (*positive feedback*) che appare a tratti insormontabile, o comunque decisamente solido⁶².

Appare dunque opportuno riflettere su alcuni aspetti. Prima di tutto, sul significato dei termini "domanda" e "offerta".

⁵⁹ Così M. MAGGIOLINO, *Big data e prezzi personalizzati*, in *Concorrenza e mercato*, 23, 2016, p. 96 ss.

⁶⁰ È questo il fenomeno di *skewed pricing*, ben evidenziato da G. COLANGELO, *Big data, piattaforme digitali ed antitrust*, cit., p. 435. L'A. individua questo come tratto caratterizzante del *behavioural targeting*, cioè, appunto, la pubblicità comportamentale.

⁶¹ Sarebbe questo il c.d. "effetto di retroazione", secondo G. PITRUZZELLA, *Big data, competition and privacy*, cit., p. 23.

⁶² M. MAGGIOLINO, *Concorrenza e piattaforme tra tradizione e novità*, in G. Colangelo, V. Falce (a cura di), *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione*, Bologna, 2017, p. 57 ss.

Se riferita ai dati personali, la domanda è formulata dalle imprese ed è alla base del loro business (fondato, come visto, su importanti costi fissi di investimenti infrastrutturali e costi marginali ridotti: più le imprese usano i dati raccolti, meno peseranno i costi di raccolta stessi, naturalmente)⁶³.

L'offerta, invece, dei dati personali dipende dagli utenti⁶⁴. Ed eccoci al nodo, anzi ai nodi, cioè alle due "monete" che caratterizzano l'incontro tra domanda e offerta: la qualità (o innovazione) e l'attenzione (o consapevolezza). La prima è ciò che promette – e, in gran parte, mantiene, seguendo le dinamiche sopracitate che ne garantiscono la crescita costante e conveniente – il *provider* del servizio⁶⁵. La seconda è il vero motore del processo *data-driven*: è l'elemento personale che viene chiesto al consumatore come chiave d'accesso ai servizi, ma finisce presto per trasformarsi in una "cessione del dato" non del tutto consapevole.

⁶³ E più le piattaforme potranno consentire un incontro efficace tra domanda e offerta, persino nelle piattaforme *peer-to-peer*, che mettono in contatto due lati del mercato non professionali (qui le preferenze e le richieste potrebbero essere eterogenee e disperse geograficamente), come opportunamente ricordato da M.A. ROSSI, *Il ruolo delle piattaforme nell'economia dei big data*, in *Informazione e big data*, cit., p. 79.

⁶⁴ Su offerta e domanda di dati vd. AGCM, AGCOM, GARANTE, *Indagine conoscitiva*, cit., p. 93 ss.

⁶⁵ La centralità di questo elemento è sottolineata da P.C. EVANS, A. GAWER, *The Rise of the Platform Enterprise: A Global Survey. CGE Report.* Gli Autori si riferiscono alle piattaforme non tanto come *matching* o *attention* platforms, quanto come "facilitatori di innovazione". L'intervento è reperibile su: https://www.thecge.net/app/uploads/2016/01/PDF-WEB-Platform-Survey_01_12.pdf.

3. La consapevolezza degli utenti nella realtà data driven

Ecco che entra in gioco l'elemento della consapevolezza: il consumatore non è realmente al corrente di ciò che accade con il processo di acquisizione e utilizzo dei dati. O meglio: non è al corrente della centralità del suo "tempo di attenzione", che "registra un flusso di informazioni in entrata e in uscita sul quale opera un doppio filtro: da un lato (l'individuo) rivela alle piattaforme digitali informazioni dettagliate su ciò che preferisce, dall'altro queste selezionano informazioni che fanno risparmiare (all'individuo) tempo di attenzione". La vera richiesta, insomma, partirebbe dalle piattaforme.

È in questa prospettiva che si crea la c.d. *causazione circolare cumulativa*, che conosce una simultanea – ed interdipendente – specializzazione di domanda e offerta di informazioni, con algoritmi capaci di imparare dai dati accumulati in vista delle "azioni" successive⁶⁷.

⁶⁶ M. DELMASTRO, A. NICITA, *Big data*, 2019, cit., p. 55 ss.

⁶⁷ Naturalmente, poi, ogni piattaforma "sfrutta" la personalizzazione come meglio crede: per riferirci ad una classificazione ormai scolastica, i sistemi di ricerca proporranno all'utente nuovi servizi e prodotti simili alle sue esperienze pregresse; i sistemi di adattamento consiglieranno un nuovo *link* all'utente sulla base delle sue ricerche; i sistemi di raccomandazione suggeriscono all'utente nuovi articoli, in linea con le sue preferenze).

Con queste premesse le imprese potranno porre in essere strategie di discriminazione dei prezzi, personalizzando al massimo le offerte attraverso l'operazione di profilazione dei comportamenti, delle richieste e delle propensioni di spesa degli utenti⁶⁸. Per dirla con Pitruzzella, «firms can certainly benefit from the ability to analyze detailed information about their current or potential customers, which can improve their marketing capabilities and lower advertising costs, and makes it possible to propose targeted offers to consumers»⁶⁹. Altro che gratuito, insomma: il dato, grazie al quale si ottengono – e migliorano – i servizi avrebbe un valore positivo⁷⁰ di corrispettivo in una transazione che vede protagonista il consumatore, come testimoniato dal caso nazionale Facebook/Whatsapp⁷¹.

_

⁶⁸ Il problema è inquadrato da F. VESSIA, *Big data e profili di concorrenza*, in M.T. Paracampo (a cura di), in *FINTECH. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Giappichelli, 2017, p. 99 ss.

⁶⁹ G. PITRUZZELLA, *Big Data and Antitrust Enforcement*, in *Italian Antitrust Review*, 2017, p. 81

p. 81.

Tornerebbe allora valida la definizione di M. Vestager del dato come *new currency*, vd. nt. 7., in una logica di scambio. Sul punto vd. anche V. ZENO-ZENCOVICH, già richiamato alla nt. 56. Questo aspetto è stato sottolineato, come ricordato da F. VESSIA, *Big data e profili* (cit. da dattiloscritto), anche dall'ex presidente AGCM, G. PITRUZZELLA, che ha rintracciato, nel provvedimento citato alla nt. 67, l'affermazione del «principio secondo cui un servizio, pur apparentemente gratuito, che però comporta la cessione di dati personali utilizzati a fini commerciali, implica l'esistenza di una controprestazione – la cessione dei dati – e pertanto costituisce un vero e proprio rapporto contrattuale». Questo intervento del 2018 si può consultare su http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/presentazione_del_presidente_gio-vanni_pitruzzella.pdf.

⁷¹ Provvedimento AGCM n. 26597/2017. A Whatsapp è stata irrogata una sanzione (per PCS, e dunque secondo le regole del Codice del Consumo) per aver ingannato i consumatori sulla clausola di condivisione dei propri dati con Facebook, presentata come requisito vincolante per poter continuare ad usufruire del servizio di messaggistica *WhatsApp Messenger*.

Il discorso, dunque, si intreccia inevitabilmente con il piano del consenso – male informato - del consumatore e, più in generale, con la tutela della *privacy*. Rimandando ai prossimi paragrafi l'analisi approfondita delle novità introdotte dal RGPD e della possibilità di integrare (e innovare) la disciplina della concorrenza con la tutela del consumatore (in particolar modo con l'istituto delle pratiche commerciali scorrette)⁷², è doveroso qui evidenziare la frequente presenza di un evidente squilibrio: con ogni probabilità non sarebbero sufficienti, per proteggere il consumatore, le autorizzazioni fornite – spesso "a cuor leggero" – a sistemi di trattamento come i *cookies*⁷³.

Ma c'è dell'altro: l'origine di questo scompenso sembra doversi rintracciare proprio nella "leggerezza" del consumatore. È un discorso, questo, che prescinde dalla valutazione degli effetti pro-concorrenziali che deriverebbero dai prezzi personalizzati, e cioè l'aumento del benessere generale della totalità dei consumatori (o quasi)⁷⁴, da un

⁷² Punto approfondito al cap. 3.

⁷³ È opinione comune in letteratura che gran parte dei consensi ed autorizzazioni richiesti dai *cookies* siano ben poco trasparenti. Queste "inquietudini" sono precisamente riportate nel report congiunto di AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE e BUNDESKARTELLAMT, cit., p. 30 ss.

⁷⁴ L'aumento porta comunque con sé un risvolto negativo, come illustrato da M. MAGGIOLINO, *Big data e diritto antitrust*, cit., p. 75 ss. Il benessere della comunità può infatti non coincidere con quello dei singoli soggetti: alcuni consumatori – quelli disposti a pagare prezzi più alti per certi beni - perderebbero benessere individuale. Insomma, della personalizzazione del prezzo non beneficerebbero tutti indistintamente, ma i consumatori disposti a pagare poco (o meglio, di meno) per certi beni. Sul punto, più precisamente, AGCM, AGCOM, GARANTE, *Indagine conoscitiva*, cit., p. 87, per cui la relazione tra Big Data e benessere dei consumatori potrebbe dar vita a tre scenari: i) l'utilizzo dei dati

punto di vista statico, in termini di qualità e varietà, e dinamico (con più profitti, le imprese sarebbero portate ad investire ed innovare di più)⁷⁵.

Come dimostrato dall'approfondita *survey* – un sondaggio sul grado di consapevolezza degli utenti – proposta nel 2018 dall'AGCM, gli utenti intervistati si sono rivelati, nella maggioranza dei casi, non al corrente dell'effettiva portata e pervasività della raccolta e dell'utilizzo dei propri dati a fini commerciali da parte delle imprese operanti online. In particolare, circa il 40% degli individui intervistati si è mostrato non consapevole «né del fatto che la navigazione in internet e l'utilizzo di app e servizi online comporti la raccolta di dati personali né del fatto che tali dati possano essere ceduti dal fornitore del servizio a terzi»⁷⁶. E ancora, se il 93% si è detto interessato a tutelare la propria *privacy*, solo

personali riduce il benessere dei singoli consumatori (è il caso dell'attività di ricerca *online*, tracciata e memorizzata, di un prodotto o di un servizio, che non viene poi finalizzata. La piattaforma potrà successivamente proporre al consumatore lo stesso prodotto o servizio, a prezzo maggiore); ii) l'utilizzo dei dati personali aumenta il benessere dei singoli consumatori (soprattutto in termini di innovazione – ad esempio la geolocalizzazione è indispensabile per un'*app* sul traffico in tempo reale – e di qualità e varietà dei beni e servizi disponibili: l'altra faccia della medaglia della targettizzazione sta nel poter proporre al consumatore esattamente ciò di cui ha bisogno, riducendo i costi di ricerca e transazione); iii) l'utilizzo dei dati personali aumenta il benessere dei singoli consumatori, ma riduce il benessere sociale: in questo senso la personalizzazione dei contenuti giornalistici proposti da un *social network* può far risparmiare tempo e ricerche inutili al singolo individuo, ma può danneggiare il pluralismo.

⁷⁵ OCSE, *Price Discrimination*, cit., p. 6 ss. Se staticamente, infatti, aumenta il benessere sociale, migliora anche l'efficienza dinamica, poiché l'impresa, con più guadagno, sarà portata ad investire ed innovare di più.

⁷⁶ I risultati, decisamente eloquenti, della *survey* sono riportati dall'AGCM nella *Indagine conoscitiva*, cit., p. 93 ss.

il 33% ha confessato di rifiutare il consenso – come detto, spesso ambiguo – all'acquisizione e al trattamento dei dati.

Le conseguenze sono molteplici, a partire dal *privacy paradox*⁷⁷, per effetto del quale, pur dichiarandosi sensibile verso la tematica della protezione dei dati personali, nei fatti, la stragrande maggioranza dei consumatori preferirà sempre un servizio con una bassa tutela della *privacy*, ma gratuito, rispetto ad un servizio che protegga decisamente di più i dati degli individui, ma dietro un compenso anche minimo. Corollario di questo aspetto è il *free effect*⁷⁸: l'utente antepone la gratuità del servizio a qualsiasi altra caratteristica, finanche alla qualità dello stesso. È sempre la *survey* a dimostrare che meno di un quinto degli intervistati sarebbe disposto a pagare perché non avvenga la raccolta dei suoi dati personali.

Per queste ragioni parte della letteratura invita a non sovrastimare il peso dato dai consumatori alla *privacy*⁷⁹: questo vorrebbe dire "rassegnarsi" all'idea che tutto ciò rafforza inevitabilmente le piattaforme digitali che, in virtù delle esternalità di rete, consolidano la propria posizione, "abusando" della scarsa avvedutezza e della pigrizia

⁷⁷ AGCM, AGCOM, GARANTE, ult. cit., p. 88.

⁷⁸ AGCM, AGCOM, GARANTE, ult. cit., p. 90 ss.
⁷⁹ Di questo avviso A. PEZZOLI, *Big data e antitrust: un'occasione per tornare ad occuparci di struttura?*, in *Informazione e big data*, cit., p. 248.

del consumatore, modellando sul suo carattere offerte personalizzate (che potrebbero sfociare in una discriminazione potenzialmente perfetta, essendo algoritmica⁸⁰).

È, in altre parole, il paradosso del capitalismo digitale: nonostante i costi di transazione e di ricerca digitale molto ridotti, ognuno di noi finisce semplicemente per economizzare il proprio tempo, affidandosi alla piattaforma che già ci conosce, permettendo di profilarci (ancora) di più⁸¹. Non ci renderemmo conto, insomma, di essere vittime di una "cattura informativa", che ci vedrebbe sì liberi, ma recintati, anche solo per inerzia, in una piattaforma. E più informazioni forniamo, più siamo legati: è questo il rischio del *lock-in effect* che potrebbe addirittura trasformare la piattaforma in un guardiano, un *gatekeeper*⁸².

Affermare allora che l'individuo sia poco propenso ad abbandonare la nave (per quanto opprimente), che non sappia di essere fonte ma anche destinatario di dati⁸³ e che la *privacy* non costituisca una variabile

⁸⁰ Di certo vengono meno i tradizionali problemi di arbitraggio... umano nella decisione.

⁸¹ Di questa abitudine del consumatore discute W. KERBER, *Digital Markets, Data and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection*, in *Informazione e Big data*, cit., p. 7 ss.

⁸² Sul paradosso che porterebbe al *lock-in* vd. M. DELMASTRO, A. NICITA, *Big data*, cit., p. 82 ss

⁸³ Così M. MAGGIOLINO, *Big data e diritto antitrust*, cit., p. 73 ss. L'A. richiama anche il contributo di N. NEWMAN, *The Costs of Lost Privacy: Consumer, Harm and Rising Economic Inequality In The Age of Google*, in *William Mitchell Law Review*, 40, 2014, p. 849, 860-861.

significativa per il processo competitivo⁸⁴, significherebbe ridimensionare una serie di strumenti particolarmente incisivi. Il riferimento è *in primis* al *multi-homing*, cioè alla possibilità che gli utenti hanno di «avvalersi di diversi fornitori per il medesimo servizio, ai quali forniscono sempre gli stessi dati (non sarebbero cioè *locked-in*)»⁸⁵.

In linea tendenziale questo meccanismo dovrebbe essere particolarmente efficace e dinamico nell'ecosistema digitale⁸⁶, ma non è sempre così. A volte, infatti, fanno da contraltare soprattutto i *switching costs*, cioè veri e propri ostacoli, di varia natura, che scongiurano la possibilità che l'utente possa migrare su un'altra piattaforma (l'utente, insomma, al termine di una valutazione di costiopportunità, sceglierebbe di non muoversi)⁸⁷.

⁸⁴ Questa è l'ulteriore conclusione cui giunge A. PEZZOLI, *Big data e antitrust*, cit., p. 250 ss.

⁸⁵ F. DI PORTO, *La rivoluzione big data*, cit., p. 6. Nel mondo dei *social network*, ad esempio, l'uso di Facebook non preclude, in linea teorica, la possibilità di iscriversi nello stesso momento a Twitter.

⁸⁶ Ciò accadrebbe proprio in virtù della struttura di alcuni servizi digitali e, come detto, visti i costi bassissimi. Questo è stato il parere, tra l'altro, della Commissione Europea, caso "*M. 7217 Facebook/Whatsapp*", 2014. Il testo è reperibile presso http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003:20310_3962132_EN.pdf, par. 135.

⁸⁷ Puntuale inquadramento del fenomeno è fornito dal report dell'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT, cit., p. 50 ss. Sempre nel caso dei *social network*, infatti, l'utente potrebbe semplicemente valutare come sconveniente, o comunque particolarmente faticoso, rimanere "attivo" su tutte le piattaforme, curando i diversi *account* e pubblicando contenuti su ognuna di esse (come è chiaro, dunque, la valutazione può essere di economia... di tempi). Deciderebbe, così, di rimanere stabilmente sulla vecchia piattaforma. Questa tendenza è stata sottolineata anche dalla Commissione

Ancor di più risulterebbe "depotenziato" l'arsenale del nuovo RGDP che, sulla scia dei principi di trasparenza, minimizzazione, finalità e liceità nel trattamento dei dati, sanciti dagli artt. 5 e 688, ha introdotto la novità, per certi versi rivoluzionaria, del principio di portabilità (art. 20). La filosofia che ispira questo diritto è quella di garantire all'interessato la possibilità di far circolare come meglio crede i suoi dati: potrà infatti (ri)ottenerli, in formato strutturato e di uso comune, dal titolare e trasmetterli ad un'altra piattaforma (per poi trasferirli ancora ad un'altra, e così via). Questo strumento - che, occorre ricordarlo, si limita ai soli dati oggetto di trattamenti automatizzati (e non ai loro derivati), su consenso dell'interessato o sulla base di un contratto di cui questi è parte, e solo se l'operazione risulta tecnicamente fattibile potrebbe, con la complicità dell'interoperabilità tra le piattaforme, investire il consumatore di un

Europea in "M.8124 Microsoft/Linkedin", 2016, reperibile state: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124 1349 5.pdf. par. 345.

In particolare, l'art. 5 sancisce che i dati personali devono essere trattati con liceità, correttezza e trasparenza, che siano trattati con finalità determinate, esplicite e legittime e siano adeguati, pertinenti e limitati (oltre che conservati e messi in sicurezza), anche dal punto di vista temporale, a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati. Quest'ultimo principio, particolarmente importante, è quello della *minimizzazione dei dati*, che impone che il titolare non potrà, senza il consenso dell'interessato, trattare ulteriori dati rispetto a quelli che possiede e/o non potrà trattare i dati che possiede per una finalità diversa da quella esplicitata. L'art. 6, invece, stabilisce le condizioni per le quali il trattamento dei dati è lecito. La raccolta e l'uso dei dati personali, infatti, sono leciti solo quando fondati sul consenso dell'interessato o se c'è almeno una delle condizioni dell'art. 6 (ad esempio, il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso).

controllo rilevante sui suoi dati e combattere lo strapotere consolidato di alcune piattaforme⁸⁹.

Sorgono, però, i soliti ostacoli: non solo non è così frequente che gli operatori siano interoperabili, come si vedrà, ma dalla *survey* sopracitata⁹⁰ emerge che solo un intervistato su dieci è a conoscenza del suo diritto alla portabilità e che quasi la metà degli utenti non ha alcuna propensione a trasferirsi su altri operatori.

Più in generale, e per le stesse ragioni, risulterebbe ridimensionato anche il recente orientamento della Commissione europea che, soprattutto nel campo delle concentrazioni, ha (finalmente) abbracciato una nozione di benessere del consumatore che tiene conto della protezione dei dati personali e della trasparenza come importanti parametri qualitativi (nel caso di specie, concorrenziali): è il caso, tra tutti, di *Microsoft/LinkedIn*⁹¹.

⁸⁹ Così F. DI PORTO, *La rivoluzione Big Data*, cit., p. 9 ss. L'A., tuttavia, richiamando anche il contributo di R.H. WEBER, *Data Portability and Big Data Analytics – New Competition Policy Challenges*, cit., p. 30, evidenzia come il diritto alla portabilità possa essere di per sé un'arma a doppio taglio, risultando un obbligo "innocuo" per le piattaforme «stradominanti», e molto gravoso, invece, per gli operatori più piccoli.
⁹⁰ Vd. nt. 75.

La decisione "M. 8124 Microsoft/LinkedIn" (2016), reperibile su http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/m8124_1349_5.pdf, ha segnato un importante cambio di rotta in un momento in cui la Commissione sta ridefinendo i criteri di valutazione delle concentrazioni, come evidenziato da F. VESSIA, Big Data e profili, cit., p. 97. In particolare, il caso Microsoft/LinkedIn – fusione peraltro autorizzata, ma con impegni - è stato una cesura con il passato, caratterizzato da una certa idiosincrasia delle Autorità antitrust verso la privacy (tra tutti, il già citato "M. 7217 Facebook/Whatsapp" (2014), operazione - autorizzata senza alcun tipo di impegno – che non ha ritenuto la privacy un elemento rilevante nella scelta del consumatore). Con il 2016 si guarda con preoccupazione alla possibilità di non tutelare abbastanza gli operatori che garantiscono,

Il punto, però, appare sempre lo stesso: si riuscirebbe a ricondurre la privacy nell'alveo dei criteri fondamentali, magari legandola all'equità ed alla qualità, solo se il consumatore avesse contezza di ciò che ha (e che cede). Essere lontani da questo scenario fa perdere peso, infine, anche alle ipotesi più ardite del «doppio consenso»92 e della «differenziazione dell'offerta di utilizzo dei dati personali», che rischierebbe di diventare un lusso per pochi⁹³.

È anche con queste premesse che le grandi piattaforme digitali, soprattutto quelle che riescono a sostenere i costi infrastrutturali di cui si è detto, riescono a muoversi liberamente, si rafforzano e non incontrano difficoltà, a volte, nell'adottare modelli di integrazione verticale, gestendo interamente, ed in via esclusiva, i dati, operando in strati multipli della catena del valore (tanto nel mercato a monte, tanto in quello a valle, espandendosi ed offrendo sempre più servizi, anche contigui e secondari, ai consumatori, con l'obiettivo di risultare

rispetto ai protagonisti della concentrazione, un elevato livello di protezione dei dati

personali. ⁹² In AGCM, AGCOM, GARANTE, *Indagine conoscitiva*, cit., p. 92 ss., trova spazio l'ipotesi di far fornire al consumatore un doppio consenso al trattamento dei dati: il primo, ampio e generico; il secondo, specifico, subordinato ad un'illustrazione dettagliata delle attività che la piattaforma ha intenzione di porre in essere.

⁹³ Il punto è sottolineato da M. MAGGIOLINO, *Big data e diritto antitrust*, cit., p. 255 ss. L'offerta di un servizio aggiuntivo e a pagamento della piattaforma che preveda, rispetto al servizio base e free, una maggiore tutela dei dati personali, oltre alla scarsa consapevolezza di cui si è detto, incontrerebbe il rischio di una discriminazione fra gli utenti: quanto costerebbe e chi potrebbe permetterselo?

indispensabili nel maggior numero di settori possibile)⁹⁴. Con la stessa facilità – e forza – le piattaforme più forti, i giganti, affiancherebbero all'offerta di servizi agli utenti finali anche quella di acquisizione ed analisi dei dati, chiedendo ai piccoli operatori di gestire le loro informazioni⁹⁵ (e ancora più frequentemente, come si vedrà tra poco, i più forti "inglobano" i più deboli, o chi potrebbe rappresentare un pericolo per il loro potere, con le c.d. *killer mergers*, stroncando sul nascere potenziali concorrenti).

Insomma, sembra presentarsi spesso lo scenario dello *snowball effect*, che vede la progressiva marginalizzazione delle piccole imprese per «carenza del carburante dei dati» e «l'aumento del gap nella qualità dei servizi offerti e nelle quote di mercato tra le piccole e le grandi imprese» ⁹⁶. Il che crea, per naturale conseguenza, che migrino ancor meno utenti e si consolidi ancor di più il potere delle piattaforme dominanti: è il rischio del c.d. *tipping* ⁹⁷.

⁹⁴ È lo schema dello *one stop shop*, richiamato da F. VESSIA, *Big Data e profili*, cit., p. 88, che verrà ampiamente ripreso al cap 2. Esprime preoccupazione per il minaccioso meccanismo delle intese verticali (che avrebbero la meglio, già sulla carta, su strumenti precari come il *multi-homing*) il report congiunto di AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT, cit., p. 30 ss. Ma sul punto vd. anche M. GAMBARO, *Big data, mercato e mercati rilevanti*, in *Informazione e big data*, cit., p. 205.

⁹⁵ È il caso di Google Analytics e Facebook Analytics che, come ricordato da AGCM, AGCOM, GARANTE, *Indagine conoscitiva*, cit., p. 77., hanno solo da guadagnarci, vista la possibilità di accedere ad un volume sempre maggiore di dati.
⁹⁶ Così F. VESSIA, *Big data: dai vantaggi competitivi alle pratiche abusive*, cit., p. 1073.

⁹⁷ Il fenomeno del *tipping* è puntualmente inquadrato da A. LERNER, *The Role of "Big Data"* In *Online Platform Competition*, 2014, disponibile su https://ssrn.com/abstract=2482780.

Occorre allora provare ad indagare nello specifico quanto potere possa derivare dal possesso di questi dati: se si possa parlare di barriere, di risorse essenziali e di abusi di dominanza.

Prima, però, per comprendere ancora più a fondo la "libertà di manovra" di cui spesso godono i giganti del web, possono risultare utili due esempi recenti. Google manipola manualmente il ranking dei risultati di ricerca «generati dagli algoritmi in circostanze in cui gli utenti business del servizio adottano tecniche di search engine optimization in grado di distorcere a proprio favore l'ordinamento dei risultati» (è evidente: se qualcuno, secondo Google, prova a fare il furbo, distaccandosi da ciò che la piattaforma ritiene giusto, è la stessa piattaforma ad intervenire). Anche questa circostanza è utile per comprendere quanto il colosso dei motori di ricerca abbia negli ultimi anni preso familiarità, come si vedrà, con l'idea di discriminare a proprio piacimento risultati di ricerca e concorrenti. E non a caso nel 2017 la Commissione europea ha irrogato a Google una sanzione di 2,4 miliardi di euro per abuso di posizione dominante⁹⁹: il motivo? Aver dato spazio al suo servizio – Google Search Shopping – tra i risultati di

⁹⁸ M.A. ROSSI, *Il ruolo delle piattaforme nell'economia dei big data*, in *Informazione e big data*, cit., p. 84.

⁹⁹ Commissione europea, "Google Search (Shopping) AT.39740". Sul caso si tornerà in maniera approfondita nei prossimi paragrafi.

ricerca, occultando e mettendo in secondo piano quelli offerti dai concorrenti¹⁰⁰.

E ancora, in materia di accesso ai dati, fino a poco tempo fa Twitter, tramite le API¹⁰¹, rendeva i propri dati – derivanti dalle interazioni sulla piattaforma – facilmente accessibili agli utilizzatori-sviluppatori di app che ne facessero richiesta. Da qualche tempo, tuttavia, la società di San Francisco ha posto in essere feroci politiche di integrazione verticale, inglobando numerosi concorrenti – entrando dunque in diretta competizione con le *app* rivali non integrate - e restringendo fortemente l'accesso ai propri dati¹⁰² (peraltro «rinunciando all'incremento di valore della piattaforma associato agli effetti di rete generati dalla creazione di *app* di terze parti»)¹⁰³. Insomma, una indipendenza notevole, da tutto e tutti, con diversi caratteri ancora da decifrare.

¹⁰⁰ Il provvedimento e, soprattutto, i comportamenti e le politiche adottate da Google sono opportunamente illustrate nel contributo di V. FALCE e M. GRANIERI, Searching a Rationale for Search Neutrality in the Age of Google, in Concorrenza e comportamenti escludenti, cit., p. 75 ss.

¹⁰¹ Le API, *application program interfaces*, sono un insieme di procedure standardizzate che facilitano l'interazione tra applicativi, cioè lo scambio automatizzato di dati senza l'ausilio dell'uomo.

¹⁰² M.A. ROSSI, *Il ruolo delle piattaforme*, cit., p. 89. L'A., che esprime preoccupazione sulle scelte arbitrarie delle piattaforme, anche in relazione alla massimizzazione del valore dell'ecosistema, rimanda anche ad OCSE, *Data-Driven Innovation*, cit., p. 104.

¹⁰³ Ci si riferisce, in particolare, alla controversia fra Twitter e People Browser, *N. C-12-6120*, *EMC PeopleBrowsr vs Twitter*, reperibile su https://casetext.com/case/peoplebrowsr-inc-v-twitter-2.

Capitolo 1. Gli abusi di dominanza dei tech giants

1. Il carattere economico dei Big Data: input, output e risorse strategiche

Da ciò che si è visto emerge in maniera chiara un elemento certo: il dato ha una funzione strategica. È opportuno sottolineare in via preliminare che, in base all'attività economica perseguita dall'impresa, i Big Data potrebbero avere molteplici funzioni: se per alcune imprese rappresentano un mero *input* della produzione, cioè «uno dei fattori che concorrono alla creazione e implementazione del business, da taluni considerato al pari dell'avviamento o *goodwill*», per altre possono rappresentare l'*output*, il risultato finale, il prodotto dell'attività economica «se questa abbia ad oggetto proprio la raccolta e la rivendita di dati stoccati in maniera grezza o già raffinati, all'esito di un processo di analisi mediante algoritmi, i metadati»¹⁰⁴ (se, in altre parole, sono

¹⁰⁴ La definizione è di F. VESSIA, *Big data: dai vantaggi competitivi alle pratiche abusive*, cit., p. 1068. La distinzione, come sottolineato dall'A., è tutt'altro che priva di rilevanza, soprattutto in relazione all'identificazione del mercato rilevante, come si vedrà.

oggetto di scambio sul mercato). In questo solco, l'AGCM opera un'ulteriore tripartizione:

- i) mercati in cui l'utilizzo dei Big Data ha un rilievo minimo nella fornitura del bene/servizio;
- ii) mercati in cui l'utilizzo dei Big Data può influenzare le condizioni di offerta del servizio, magari in relazione alla qualità dello stesso;
- iii) mercati in cui l'utilizzo dei Big Data è fondamentale per determinare le caratteristiche del prodotto offerto.

Il primo caso fa riferimento ai Big Data usati come *input*, spesso per migliorare l'efficienza gestionale e produttiva (un impiego soprattutto logistico, che non incide in modo rilevante sul processo competitivo). Il secondo, invece, riguarda direttamente il rapporto fra *provider* e utente (è il caso dei servizi finanziari e bancari, fondati sull'attività di intermediazione: qui l'elaborazione di un volume sempre maggiore di dati permette di conoscere in modo approfondito i processi e, in generale, le tendenze dei clienti, in modo tale da poter perfezionare le strategie "complessive" dell'attività produttiva, come il *design* da scegliere, gli *slogan* da adottare). Il terzo, infine, è connesso soprattutto ai servizi basati sulla profilazione dei singoli utenti e sulla "personalizzazione" dell'offerta (qui le proposte sono decisamente

mirate e il *target* è ben specifico: è il caso, tra tutti, delle inserzioni pubblicitarie *ad personam* già analizzate)¹⁰⁵.

Se dunque appare fuori discussione che il dato si impone come un vero bene economico, occorre riflettere su alcuni aspetti. È opinione consolidata che i Big Data siano una risorsa diffusa, o meglio non scarsa e non inimitabile. Sarebbero, in altre parole, non rivali¹⁰⁶.

Questo orientamento troverebbe peraltro conferma nel fatto che difficilmente i dati, di per sé, si presentano come esclusivi e non collezionabili dagli operatori: come visto, i costi marginali di produzione sono bassissimi e ci si imbatte nei dati praticamente ovunque (a tratti, anche quando non si vorrebbe: non sbaglia chi rileva nell'ubiquità uno dei veri tratti distintivi dei Big Data¹⁰⁷). Arrivano ad potenzialmente ripetibili illimitato. essere in modo Lo testimonierebbero le numerose piattaforme impegnate nella raccolta dei dati e le fonti eterogenee: non è dunque un caso che l'interrogativo cui è giunta più volte la giurisprudenza - tanto quella statunitense quanto quella, a tratti "conservatrice", del Vecchio Continente - riguardi

105 Questa suddivisione operata da AGCM, AGCOM, GARANTE, *Indagine conoscitiva*, cit.,

p. 70 ss., è anche il presupposto per inquadrare il dato come bene economico.

106 A questa posizione, richiamata tra gli altri da F. DI PORTO, *La rivoluzione Big Data*, cit.,

A questa posizione, richiamata tra gli altri da F. DI PORTO, *La rivoluzione Big Data*, cit. p. 8., è giunto già nel 2014 A. LERNER, *The Role of Big Data*, cit., p. 20 ss.

¹⁰⁷ Così F. VESSIA, Big Data in Digital Markets and Antitrust Concerns, cit.

proprio la difficoltà di un inquadramento nel senso di una presunta essenzialità dei dati detenuti da un'impresa digitale¹⁰⁸.

Non secondario, in questa riflessione, appare il carattere intrinsecamente caduco del dato: un *dataset* produrrebbe infatti valore, o meglio utilità, solo quando aggiornato (oltre che affidabile). E, come già accennato, il dato diventa obsoleto e si "spegne" con la stessa facilità e rapidità con cui si produce¹⁰⁹: se l'informazione che porta con sé non è più attuale ed accurata – perché, banalmente, non aggiornata – perde ogni funzione strategica. Si torna allora alla catena del valore, che dipende dall'eventualità di estrarre conoscenza dal volume grezzo del *dataset*, e non dalla "massa" (*raw data*) in sé¹¹⁰.

Con queste premesse diventa complicato allora affermare che la detenzione di dati rappresenta di per sé una barriera insormontabile per entrare nel mercato: ogni potenziale nuovo operatore, anche modesto, non dovrà infatti aspirare ad accedere allo stesso immenso *dataset* in

Per citare i casi più celebri, in questo senso la FTC in "Google/DoubleClick, caso 071-0170", 2007, pp. 12-13 reperibile su https://ec.europa.eu/competition/merger/cases/decisions/m4731 20080311 20682 en.pdf
 In Europa decisivo anche da questo punto di vista è il caso caso "M. 7217

Facebook/Whatsapp", 2014, cit., par. 188: la concentrazione è stata autorizzata, con eccessiva leggerezza, anche perché non avrebbe diminuito la presenza di piattaforme alternative che si occupano di raccolta dei dati. Inoltre, anche con riferimento allo scenario paventato (poi verificatosi) di un uso strategico ed incrociato dei dati di Whatsapp da parte di Facebook, la linea della Commissione si è confermata "permissiva", basata sull'idea che, nonostante questa manovra, tanti sarebbero stati a valle gli user data, cioè i dati rilevanti a fini pubblicitari, non controllati da Facebook.

¹⁰⁹ Così M. MAGGIOLINO, *Big Data e diritto antitrust*, cit., p. 34 ss.

¹¹⁰ Vd. *supra*, par.1.

mano alle piattaforme dominanti, ma riuscire a ricavare un'informazione che abbia valore. E l'informazione potrà essere ottenuta in molti modi, essendoci, come detto, innumerevoli fonti accessibili, anche offline¹¹¹ (oltre che, come visto, l'attività capillare dei *data brokers*).

Vanno tuttavia segnalate diverse voci critiche a riguardo. La non rivalità dei dati, per alcuni, è un tratto distintivo limitato al momento di raccolta di dati: nelle successive fasi, invece, aumenterebbero sensibilmente gli *switching costs* e, di conseguenza, si consoliderebbero gli ostacoli per nuovi operatori¹¹².

Considerazioni ancora più radicali vengono portate avanti da voci autorevoli che, ribaltando la prospettiva, riconducono proprio alla struttura dei modelli multi-versante l'esistenza fisiologica di barriere, alimentate dagli effetti di rete diretti e indiretti e dal circolo, solo a tratti virtuoso, di cui si è detto, che senza dubbio garantisce un vantaggio informativo (fondato sull'asimmetria) alle imprese *multi-sided*. Scarsa fiducia viene riposta, qui, anche nel *multi-homing*¹¹³ e nell'attività

¹¹¹ Così G. COLANGELO, *Accesso ai data*, cit., p. 138. Il quadro di sorgenti di dati è a tal punto eterogeneo che M. MAGGIOLINO, ult. cit., p. 28 ss., propone di parlare dei «big data» come insieme ampio e di varia materia, e non di «Big Data» con una definizione ben precisa e "recintata".

¹¹² È questa una delle tesi di fondo di D.L. RUBINFELD e M.S. GAL, *Access Barriers to Big Data*, cit., p. 350 ss.

¹¹³ In particolare, M. GAMBARO, *Big data, mercato*, cit., p. 199 ss., sottolinea come quasi mai il consumatore abbia la disponibilità di informazione completa sulle diverse

sostitutiva dei *brokers*, soggetti che in talune circostanze non sarebbero comunque capaci di scambiare e accedere agli stessi dati – in questo senso sì, strategici – di cui dispone un'impresa particolarmente forte, che si rafforzerebbe ancora di più con la propria economia di scala e di scopo (collegando, cioè, molti dati di natura diversa)¹¹⁴.

In altre parole, se di regola ciò che conta è la conoscenza che può generare il *dataset*, in alcune circostanze è proprio la detenzione di masse di dati, di diverso tipo e provenienza, ad assicurare, con la complicità di algoritmi ed infrastrutture avanzate, un vantaggio alle piattaforme forti¹¹⁵. Né questo vantaggio parrebbe minacciato dalla circostanza per cui, in alcune attività, la progressiva raccolta di dati porterebbe a rendimenti di scala decrescenti¹¹⁶.

contingenze e non sempre ci siano reali alternative che possano far valere il gioco concorrenziale.

¹¹⁴ Queste inquietudini, presenti in I. GRAEF, *Market definition*, cit., p. 473 ss., tornano con forza nel *report* congiunto di AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT, cit., p. 47 ss.: non solo si guarda al *multi-homing* come strumento troppo spesso inefficace, ma si ritiene che gli *switching costs*, proprio grazie al vantaggio informativo, diventino frequentemente insostenibili.

¹¹⁵ Così AGCM, AGCOM, GARANTE, *Indagine conoscitiva*, cit., p. 73. Concreta è anche l'eventualità per cui i dati sarebbero sì *open* e disponibili, ma diventerebbero utili solo se processati con algoritmi ed infrastrutture che possiedono solo i giganti.

¹¹⁶ A tal proposito, vd. AGCM, AGCOM, GARANTE, ult. cit., p. 74. Il *report* sottolinea che

¹¹⁶ A tal proposito, vd. AGCM, AGCOM, GARANTE, ult. cit., p. 74. Il *report* sottolinea che in alcune circostanze ci sono rendimenti di scala decrescenti rispetto alla quantità di dati disponibili. In particolare, «nel caso dei motori di ricerca *online*, che utilizzano dati per migliorare i risultati forniti agli utenti, maggiore è il numero di richieste che il motore di ricerca riceve, più rapidamente questo è in grado di cogliere un cambiamento nei comportamenti degli utilizzatori e di aggiornare e migliorare la rilevanza e la qualità delle proprie risposte. Tuttavia, i ritorni di scala in termini di miglioramento nella pertinenza dei risultati potrebbero decrescere una volta che il volume delle richieste ricevute superi un certo livello. Laddove, invece, i dati vengono utilizzati prevalentemente per scopi pubblicitari e di *marketing* più che lo *stock* e il volume dei dati sembrerebbe che a rilevare sia la loro attualità. In questa prospettiva, le barriere per i nuovi operatori risulterebbero

Insomma, la sostituibilità dei dati non è un dogma¹¹⁷. Queste perplessità sono peraltro corroborate da un'ulteriore riflessione: se davvero i *data* fossero così diffusi e la raccolta così facile ed economica, non si spiegherebbero i tentativi delle piattaforme di assicurarsi ad ogni... costo (con offerte a prezzi nulli) il volume di dati più ampio possibile¹¹⁸. Questa piccola corsa all'oro digitale, cioè, sarebbe la testimonianza quantomeno dell'importanza della detenzione massiccia di *dataset*.

2. L'essenzialità dei dati e la (non) applicabilità della EFD

Lo stesso carattere di essenzialità è rilevante poi ai fini dell'applicabilità della *essential facility doctrine* (EFD). Affinché l'impresa dominante possa essere sanzionata per il rifiuto di condividere i propri dati, si dovrebbe estendere a questi la EFD, dottrina – accolta con favore soprattutto in Europa - che impone al monopolista

meno elevate, in quanto i dati dell'*incumbent* (e il suo vantaggio competitivo) sarebbero più rapidamente deperibili».

¹¹⁷ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT, ult. cit., p. 46, mette in guardia i lettori dichiarando, senza mezzi termini, che nel prossimo futuro dati che appaiono come sostituibili potrebbero non esserlo più. Questo aspetto è particolarmente significativo anche per la definizione del mercato rilevante, come si dirà nel cap. 2.

¹¹⁸ In questo senso G. COLANGELO, *Big data, piattaforme digitali*, cit., p. 432.

l'obbligo di condivisione della propria risorsa, quando questa presenti caratteristiche "eccezionali" che la rendano essenziale. Rimettendo ai prossimi paragrafi l'indagine sul possibile significato di monopolio¹¹⁹ nell'ecosistema *data-driven* e trascurando le aspre critiche mosse all'EFD dalla recente casistica americana (che è arrivata addirittura a proporre una "contro-EFD"), e ammettendo come legittimi i parametri imposti da questo modello, dovrebbero comunque ricorrere i requisiti sanciti dallo storico caso *Magill*¹²⁰, pietra miliare per l'applicazione dell'EFD. Stando alla nota pronuncia, infatti, dovrebbero sussistere precise circostanze perché l'impresa sia obbligata a concedere, a «condizioni eque e non discriminatorie», il bene che detiene:

- il rifiuto si riferisce ad un prodotto o servizio obiettivamente necessario per poter competere in maniera effettiva (la risorsa dev'essere cioè indispensabile a tal punto che non esista alcuna alternativa, più o meno conveniente);
- il rifiuto impedisce la realizzazione di nuovi prodotti per i quali esiste una domanda potenziale (i "nuovi prodotti" andrebbero naturalmente ben identificati *ex ante*);

¹¹⁹ Vd. *infra*, cap. 2 e cap. 3

¹²⁰ Corte di giustizia, *CG UE*, *cause (riunite) C-241/91 P e C-242/91 P*, 1995, reperibile su https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61991CJ0241&from=EN.

- non è giustificato;
- preclude ogni forma di concorrenza anche solo potenziale sul mercato a valle¹²¹ (entra in gioco, dunque, il mercato 'secondario', 122).

Tornano già utili, allora, le riflessioni avanzate in merito al carattere non rivale dei dati: come potrebbe configurarsi l'essenzialità richiesta dalla dottrina come premessa sostanziale, di fronte alla rapida diffusione e facile acquisizione dei dati, seppur nei limiti accennati?¹²³ E non è tutto: sorgono perplessità, infatti, anche in merito agli ulteriori requisiti. In particolare, risulterebbe difficile sbrogliare la matassa del mercato secondario anche solo potenziale, poiché accade spesso che le imprese siano concorrenti rispetto agli stessi beni e servizi sul mercato¹²⁴.

Come evidenziato da G. Colangelo, infatti, «il requisito è stato sinora interpretato nel senso di impedire al titolare della risorsa essenziale di

¹²¹ Così F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, cit., p. 219 ss. Questi requisiti sono peraltro "aggiornati" alle pronunce *Magill* e *IMS* e all'estensione dell'EFD al campo dei beni immateriali e dei diritti di proprietà intellettuale (meglio, con l'equiparazione dei primi ad infrastrutture essenziali). Come si vedrà a breve, anche l'applicazione integrale della tutela IP ai Big Data non è così scontata. La sentenza *IMS* della Corte di giustizia, *CG UE*, *C-418/01*, 2004, è reperibile su https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62001CJ0418&from=EN.

¹²² Sulla distinzione, nello specifico, tra mercato primario e secondario dei dati, vd. M. DELMASTRO, A. NICITA, *Big Data*, cit., p. 40 ss.

¹²³ Molto chiaramente sul punto A. PEZZOLI, *Big data e antitrust*, cit., p. 252. La questione è sempre la medesima: essenziale, o meglio cruciale, è per l'A. solo l'informazione e la conoscenza che si riuscirebbe a ricavare dalla mole indistinta di dati!

¹²⁴ La circostanza è illustrata da F. VESSIA, *Big data: dai vantaggi competitivi alle pratiche abusive*, cit., p. 1078.

eliminare la concorrenza riservando per sé un mercato secondario: ciò presuppone che il titolare sia attivo sul mercato secondario, non potendosi invece configurare l'eliminazione della concorrenza ed invocare l'EFD nell'ipotesi in cui il titolare della risorsa non sia presente sul mercato downstream o non sia ancora presente perché trattasi di un mercato nuovo. Scenari questi ultimi, tuttavia, di un certo rilievo nell'ambito del complesso ecosistema digitale ed idonei a legittimare il rifiuto di condivisione dei data opposto da un operatore dominante nei confronti di quanti intendano entrare in un mercato nuovo o comunque sul quale egli non opera»¹²⁵.

A suo modo problematico appare anche l'inquadramento della novità del prodotto, non di certo per la natura del dato – che anzi presenta il problema opposto: trasformarsi troppo facilmente in obsoleto – quanto per l'impossibilità di definire a priori i "contorni" del prodotto nuovo che dipenderà dall'ottenimento della risorsa essenziale¹²⁶.

In altre parole, ogni "pretendente" della risorsa non è in grado di stabilire i beni e servizi che potrebbe produrre, perché non può

¹²⁵ G. COLANGELO, *Accesso ai data e condizioni di licenza FRAND*, in *Informazione e big data*, cit., p. 142 ss. Per l'A., infatti, questa è una delle ragioni principali per le quali sarebbe troppo complicato ipotizzare di estendere la *doctrine* ai dati.

Non si può richiedere una risorsa senza indicare con esattezza le caratteristiche e la novità che si intende perseguire. Come potrebbe del resto configurarsi una domanda e addirittura un mercato potenziale su un qualcosa di indefinito? I beni immateriali "accentuano" questo aspetto. Su questo aspetto, vd. F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, cit., p. 220.

individuare con precisione, "sulla carta", i dati di cui ha bisogno nello specifico: sarà infatti in grado di determinarlo solo dopo aver avuto accesso all'intero *dataset*, dopo averlo analizzato e filtrato, ricavandone gli elementi utili¹²⁷.

Si giungerebbe tra l'altro alla stessa criticità se si decidesse, tra le numerose perplessità, di estendere a tutti i costi la tutela EFD al mondo *data-driven*. In questo senso sembra infatti propendere l'indirizzo comunitario¹²⁸.

Pur ammesso per valido l'obbligo di condividere la risorsa essenziale dei dati (e dunque per soddisfatti tutti i requisiti), non risulta chiaro come si riuscirebbe a risolvere l'ostacolo dell'identificazione precisa dei *set* necessari. E ancora: se il dato è, come detto, caduco, come potrebbe la condivisione rispondere al carattere della tempestività? Si tratterebbe di una cessione perenne ed aggiornata senza limiti (solo così, infatti, ci sarebbe la garanzia dell'accuratezza)?¹²⁹.

¹²⁷ In questo senso M. MAGGIOLINO, *I Big Data e il diritto antitrust*, p. 55 ss. I *dataset*, a monte, saranno sempre e comunque indeterminati. Le stesse perplessità sono presenti, in una riflessione più ampia, in I. GRAEF, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms. Data as Essential Facility*, 2016, Toronto, p. 260 ss.

¹²⁸ La conferma inequivocabile arriva dalla Comunicazione della COMMISSIONE EUROPEA, *Building A European Data Economy*, 2017, p. 10. Nello *Staff Working Document* che accompagna la relazione ufficiale viene sancito con chiarezza l'obiettivo di applicare ai data le licenze FRAND. I documenti sono disponibili su https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-building-european-data-economy.

¹²⁹ Stimoli ed interrogativi, questi, approfonditamente messi in luce da G. COLANGELO, *Accesso ai data*, cit., p. 143 ss.

In questo mare di incertezze, la Commissione europea naviga a vista con la "scialuppa" dei precedenti casi¹³⁰, aprendo, un po' ostinatamente, alla tutela dell'EFD, senza però esprimersi sulle condizioni dell'accesso e sulla vaghezza del significato di «equo e non discriminatorio» (formula che, soprattutto in relazione ai *dataset*, andrebbe invece delineata nei minimi dettagli). Anche per queste ragioni la giurisprudenza americana si è da tempo distaccata da questo modello¹³¹. E non pochi dubbi giungono anche dalla nostra dottrina¹³².

La soluzione starebbe nel mezzo, allora, e nella valutazione empirica, caso per caso (approccio a cui dovremmo avvicinarci di più), del

Non risulta particolarmente d'aiuto il caso *IMS*, che ha rimesso alle parti e a valutazioni di terzi "esperti" le condizioni di accesso; né, come evidenziato da G. COLANGELO, ult. cit., le novità introdotte dal caso *Huawei*, Corte di giustizia, *CG C-170/13*, 2015, chiariscono l'applicazione pratica dei criteri «fair, reasonable and non discriminatory». Il caso *Huawei*

è disponibile su https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62013CA0170&from=LT.

131 Merita a questo punto una menzione l'orientamento della giurisprudenza statunitense

degli ultimi decenni che, sconfessando il modello EFD, si è affidata alle tesi sostenute nel caso *Trinko*. Come evidenziato, tra gli altri, da N. NEWMAN, *Features: Search*, cit., p. 416 ss., con sempre più decisione la Corte Suprema si è trovata infatti a difendere la posizione del monopolista – o meglio, a non imporre in modo automatico l'obbligo di condivisione della risorsa – in nome dell'innovazione (grazie alla quale, secondo la Corte, spesso il monopolista "merita" la sua posizione, la conquista grazie alla qualità del suo prodotto, confermata dalle scelte dei consumatori). Così, nel corso degli anni, oltreoceano sono state legittimati una serie di comportamenti e rifiuti... bruschi e scorretti, soprattutto da parte di Facebook, che avrebbe tutto il diritto (ed il merito) di difendere la propria posizione, anche a danno degli altri. Il caso *Verizon Communication v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398, 2004, è reperibile su https://supreme.justia.com/cases/federal/us/540/02-682/.

L'imposizione dell'obbligo di condivisione dei dati è, per G. PITRUZZELLA, *Big data, competition and privacy*, cit., p. 29 ss., un'arma quantomeno "a doppio taglio". Certo così facendo non si soffocherebbero attività (potenzialmente innovative) del nuovo entrante (che anzi avrebbe tutti i mezzi e gli incentivi per... innovare), ma il rischio, di contro, è di soffocare le spinte di investimento e innovazione proprio dell'impresa dominante: ne vale davvero la pena?

carattere di «essenzialità e non sostituibilità della risorsa nonché (del)la relazione tra le due imprese con riguardo alla collocazione sul mercato dei rispettivi prodotti e servizi» ¹³³.

Non poche asperità si incontrano, infine, anche sulla via della "conversione" dei *dataset* alla tutela autoriale per meglio chiarire a chi spetti, e con quali limiti, la titolarità. Ai Big Data – lontani dal requisito di creatività, che vorrebbe la personalità dell'autore "rispecchiata" nella struttura dell'opera – si può applicare unicamente la categoria residuale del diritto (connesso) sui generis sulle banche dati, introdotto dall'art. 102-bis della Legge sul diritto d'autore¹³⁴. Secondo la norma il "costitutore" della banca di dati ha il diritto esclusivo di "vietare le operazioni di estrazione ovvero reimpiego della totalità o di una parte sostanziale della stessa".

Una strada alternativa è rappresentata dalla possibilità di estendere ai dati la tutela dei segreti industriali. Gli artt. 98 e 99 del Codice della Proprietà Industriale, infatti, proteggono le informazioni segrete, con valore economico in quanto segrete e sottoposte, dal legittimo

¹³³ È questa la via suggerita da F. VESSIA, Big data: dai vantaggi competitivi alle pratiche abusive, cit., p. 1079 ss.

¹³⁴ Per una ricostruzione approfondita dell'argomento, vd. C. GALLI, M. BOGNI, *I requisiti*

per la tutela IP dei Big Data, in Informazione e Big Data, cit., p. 101 ss.

135 Costitutore è «chi effettua investimenti rilevanti per la costituzione di una banca di dati o per la sua verifica o per la sua presentazione, impegnando, a tal fine, mezzi finanziari, tempo o lavoro».

proprietario, a misure ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete¹³⁶. Ma è il caso, adesso, di soffermarsi sul proprietario e sulla sua posizione, alla luce di ciò che si è detto.

3. Le condotte delle platforms nella cornice degli abusi tradizionali dell'art. 102 TFUE

Può essere d'aiuto un'istantanea di Google. Anzi tre, ravvicinate, degli ultimi tre anni, "scattate" tutte dalla Commissione europea e tutte nella medesima cornice: quella "classica" dell'abuso di posizione dominante ex art. 102 TFUE (in linea con la previsione nazionale dell'art. 3, l. n. 287/1990)¹³⁷.

20111990)

¹³⁶ C. GALLI, M. BOGNI, ult. cit., p. 105. Il "valore economico" dei Big Data, per gli A., sussisterebbe laddove un operatore vorrebbe o sarebbe in grado di estrarre conoscenza dalla loro analisi.

¹³⁷ Così recita l'art. 102 TFUE: «È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

a) nell'imporre direttamente o indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita o altre condizioni di transazioni non eque;

b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;

c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;

d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi».

Nel 2017 il colosso dei search engines – che, come già accennato, si è distinto negli anni per la distorsione dei risultati di ricerca – è stato sanzionato, per quasi 2 miliardi e mezzo di euro, per aver favorito, tramite la propria "vertebra" di mercato Google Search Shopping, i propri beni e servizi rispetto a quelli offerti dai concorrenti (facendo "apparire" in cima ai risultati sempre e solo i primi, collocando i secondi nelle pagine successive dei risultati di ricerca)¹³⁸; nel 2018 è stato accertato, con una sanzione pari a 4,3 miliardi di euro, l'abuso di posizione dominante in relazione all'imposizione dei servizi e delle applicazioni aggiuntive di Google, prestabiliti e preinstallati in ogni sistema Android (concesso da Google stessa a titolo gratuito agli utilizzatori), così da non lasciare spazio a motori alternativi (anzi, stroncandoli sul nascere)¹³⁹; sanzione più ristretta (un miliardo e mezzo), ma ugualmente decisiva in termini di abuso, è arrivata solo pochi mesi fa nell'ambito delle pubblicità online, in relazione al ruolo di intermediazione pubblicitaria che Google ha assunto con il servizio

¹³⁸ Commissione europea, caso "AT.39740 Google Search (Shopping)", reperibile su https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf.

139 Commissione europea, caso "AT.40099 Google Android", reperibile su https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40099/40099_9993_3.pdf. In particolare, secondo la Commissione, Google ha consolidato il suo potere di mercato fornendo ai produttori di *smartphone* la licenza per l'installazione di Playstore (store delle app per Android), ma solo se questi avessero installato anche Google Search e Google Chrome; fornendo benefici economici ai produttori che installassero solo Google Search; non permettendo che i produttori potessero utilizzare Android non approvati da Google.

– di intermediazione fra inserzionisti e *websites – AdSense*, strategia con cui il colosso ha vincolato a sé molti siti (con clausole simili a vere e proprie catene) che volessero vendere spazi pubblicitari, escludendo che su di essi potesse esserci una qualche forma di pubblicità di qualunque concorrente¹⁴⁰. E sono, queste, tre "spie" di un dominio consolidato, ipotecato, al netto delle sanzioni¹⁴¹.

Già da queste circostanze sembra che l'abuso di posizione dominante, nella sua veste "tradizionale", abbia ancora una certa importanza¹⁴².

Un breve passo indietro è necessario. Il diritto antitrust, da sempre, non punisce la posizione dominante in sé, ma solo lo sfruttamento abusivo di questa.

La prima definizione organica e qualitativa di posizione dominante si ha solo nel 1978 dalla Corte di giustizia, con il caso *United Brands*, dove viene stabilito che «la posizione dominante sarebbe una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in

¹⁴⁰ Commissione europea, caso "*AT.40411 Google Search (Adsense*)", reperibile su https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40411/40411_15_3.pdf. In particolare, Google ha imposto clausole di vera e propria esclusiva di annunci pubblicitari; clausole di posizionamento premium, ipotecando gli spazi pubblicitari più redditizi.

¹⁴¹ Il tema è sottolineato da F. VESSIA, *Big Data e profili*, cit., p. 83. Il filo rosso che lega le tre pronunce cruciali della Commissione starebbe nell'analizzare caso per caso le circostanze minacciose e, se necessario, intervenire con le sanzioni.

¹⁴² Per dirla ancora più chiaramente: è proprio con queste ultime pronunce che la Commissione ha ribadito l'esistenza acclarata della posizione dominante di Google come motore di ricerca.

grado di ostacolare la presenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in definitiva, dei consumatori»¹⁴³.

Una precisazione, poi, è arrivata nel 2009 dalla Commissione europea, che ha definito la sussistenza di posizione dominante di un'impresa quando questa «è in grado di influenzare i parametri della concorrenza a proprio vantaggio, e a scapito dei consumatori, e non si trovi a fronteggiare una pressione concorrenziale efficace»¹⁴⁴. Questo accade soprattutto quando l'impresa riesce ad aumentare i prezzi sopra il livello concorrenziale per un periodo significativo, traendone guadagno, o quando è la sola, su tutto il mercato, a poter innovare e produrre in modo significativo: così facendo il suo operato ostacola, stronca ogni tipo di concorrenza (e sono, queste, circostanze oggettive che vanno al di là delle intenzioni dell'impresa).

Con queste premesse "scatta" la «speciale responsabilità» per l'impresa dominante, in relazione alle pratiche abusive, generalmente divise in abusi di sfruttamento – come l'imposizione di prezzi troppo

¹⁴³ Corte di giustizia, "CG UE, *C-27/76 United Brands*", 1978, reperibile su https://eurlex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0027&from=EN.

Commissione europea, Comunicazione 2009/C 45/02, reperibile su https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF.

elevati, che permettono all'impresa di raggiungere un guadagno sovracompetitivo – e abusi escludenti – rivolti, appunto, contro i concorrenti, con l'intento di escluderli. Tra tutte, le pratiche di questo ultimo tipo più diffuse sono il rifiuto a contrarre e i prezzi predatori¹⁴⁵. Nello specifico:

la lett. a) dell'art. 102 vieta l'imposizione, diretta o indiretta, di prezzi di acquisto, vendita e altre condizioni di transazione «non eque o ingiustificatamente gravose» (parametro, quello del prezzo eccessivo e sopra il livello concorrenziale, che ha creato nel tempo non pochi equivoci); non è dunque punita in sé la fisiologica imposizione di prezzi sovracompetitivi; per alcuni in questo novero (e non in quello delle pratiche escludenti, lett. b), ben specificate anche nell'elenco semplificativo fornito dall'art. 3 della l. 287/1990) rientrerebbero anche le strategie di prezzi predatori – pratica con cui l'impresa dominante, in modo sistematico e duraturo, adotta vendite sotto il costo variabile medio, per escludere così ogni concorrente anche potenziale dal mercato – e il c.d. *margin squeeze*, condotta diffusa nei mercati integrati verticalmente (come spesso sono i digitali) che permette all'impresa

¹⁴⁵ Un focus sui profili dello sfruttamento abusivo della posizione dominante è offerto da F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, cit., p. 202 ss. Gli AA. evidenziano anche la differenza cruciale con il sistema antitrust statunitense che, in linea tendenziale, esclude dal proprio campo applicativo gli abusi di sfruttamento, sanzionando solo «i comportamenti con cui l'impresa '*monopolize(s)* o attempt(s) to monopolize' il mercato».

dominante, titolare di un *input* essenziale, di concedere, a chi ne faccia richiesta, l'input stesso a prezzi alti e, allo stesso tempo, di offrire lei stessa l'*output* sul mercato a valle a prezzi bassissimi, insostenibili per i concorrenti (anche se questi fossero altrettanto efficienti)¹⁴⁶;

- la lett. b) riguarda le pratiche escludenti, che impediscono o limitano "la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori". Rientrano, in questo vasto insieme che comprende tutte le condotte che non trovino giustificazioni oggettive nel comportamento dell'impresa dominante, il rifiuto ingiustificato di contrarre, soprattutto in relazione alle infrastrutture indispensabili, già esaminate nel par. precedente con la essential facility doctrine;
- dominante non può «applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza». Viene ribadito il principio di parità di trattamento (a meno che, anche qui, non ci sia una condotta giustificabile);

¹⁴⁶ Un punto sull'evoluzione del *margin squeeze* nel contesto europeo e sulla validità del test dell'operatore altrettanto efficiente è fornito da G. FAELLA, R. PARDOLESI, *Squeezing price squeeze: la compressione dei margini nel diritto antitrust comunitario*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1, 2010, p. 50 ss. Ma sul punto vd. anche J. HAUCAP, T. STÜMHEIER, *Competition and Antitrust in Internet Markets, Discussion paper*, di *Dusseldord University Press*, 2015, p. 22-24.

la lett. d), infine, richiama nell'eterogeneo perimetro delle pratiche leganti tutte le condotte che, appunto, imprigionano in modo quasi indissolubile l'impresa dominante e gli operatori che, ad ogni livello, entrano in relazione con quest'ultima, fino ad esserne subordinati: si fa riferimento, ad esempio, a pratiche come il *bundling* e i *tying contracts*, tramite le quali l'impresa dominante riesce ad aggregare ad un singolo prodotto la vendita di un altro prodotto – magari secondario – o di un intero pacchetto ad essa collegato¹⁴⁷.

Se nell'ultimo capitolo si svilupperanno riflessioni sulle discriminazioni di prezzo (ma già premettendo che queste presentano diversi effetti positivi per i consumatori), qui va già notato che di certo alcune di queste strategie sono riscontrabili nei comportamenti delle piattaforme digitali. E non è, questa, una premessa ininfluente per l'analisi in corso.

4. Profili della "dominanza digitale classica" (segue)

Nelle sopracitate sentenze della Commissione europea è stata sottolineata la sussistenza di pratiche leganti nel caso *Google Android*

¹⁴⁷ Il quadro dettagliato di ogni pratica abusiva è delineato approfonditamente da F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, cit., p. 205 ss.

(in particolar modo con riferimento alla circostanza per cui il colosso digitale ha legato alla licenza per l'installazione di PlayStore l'obbligo di preimpostare, nei dispositivi, i servizi Google Search e Android)¹⁴⁸. Allo stesso modo è configurabile un vero e proprio contratto di esclusiva nelle clausole imposte, dal colosso dei motori di ricerca, nel caso *AdSense* (attraverso le quali Google ha vietato ai siti *web* contraenti la presenza di una qualsiasi forma di pubblicità dei concorrenti: tra le altre cose, Google ha più volte preteso di vincolare alla propria autorizzazione ogni cambiamento, anche solo stilistico, che i siti *web* volessero apportare sugli annunci pubblicitari)¹⁴⁹.

Nel caso *Google Search*, poi, la Commissione ha ritenuto che la distorsione dei risultati di ricerca per favorire Google Shopping non solo danneggiasse i concorrenti (peraltro, aumentando anche le tariffe dovute dai commercianti e, di conseguenza, i prezzi per i clienti di questi commercianti), ma tradisse la fiducia – o meglio, la buona fede

__

¹⁴⁸ Come sottolineato da F. VESSIA, *Big Data e profili*, cit., p. 97, pratiche leganti si hanno, nel caso specifico dell'ecosistema digitale, quando «un'impresa che raccolga data imponga ad altre imprese di acquistare i propri dati in abbinamento ai servizi di *data analytics*, costringendo ad una maggiore spesa per il servizio di elaborazione di dei dati (mediante algoritmi) le imprese che invece intendano acquistare semplicemente i dati grezzi».

¹⁴⁹ In particolare, la piena configurabilità della condotta come esclusiva è spiegata da G. COLANGELO, *Big data, piattaforme digitali*, cit., p. 445.

nella correttezza di Google – dei consumatori. Per certa dottrina Google Search è l'archetipo della condotta monopolista¹⁵⁰.

Più in generale, potrebbe riscontrarsi abuso di sfruttamento (ai sensi della lett. a) dell'art. 102) ogni qualvolta un'impresa dominante imponga unilateralmente alle controparti – complice la poca forza di queste ultime - clausole inique, non funzionali al raggiungimento dello scopo dell'accordo, ingiustificatamente restrittive della libertà e poco trasparenti¹⁵¹ (proprio sull'opacità e l'assenza di informazioni dettagliate sulla raccolta e l'uso dei dati personali, anche nei confronti dei consumatori, il Bundeskartellamt ha fondato la propria decisione "rivoluzionaria" nei confronti di Facebook, come si vedrà nel cap. 3). Si è già detto, poi, della possibilità – come visto, più che precaria – di inquadrare i dati come vere e proprie barriere utilizzate per escludere ogni concorrente. E molteplici sono anche le inquietudini in relazione alla frequente condotta - minacciosa, più che escludente - delle imprese dominanti, che tendono ad espandersi, progressivamente, su mercati

¹⁵⁰ A tal proposito N. NEWMAN, *Search, Antitrust*, cit., che a più riprese evidenzia come la condotta di Google Search consista nell'imposizione di prezzi di monopolio per le pubblicità proposte grazie ai motori di ricerca. Una posizione contrastante, che arriva a mettere in dubbio la dominanza di Google soprattutto in relazione al servizio Shopping, emerge dal contributo di S. BROOS e J.M. RAMOS, *Google, Google Shopping and Amazon: The Importance of Competing Business Models and Two-Sided Intermediaries in Defining Relevants Markets*, in *The Antitrust Bullettin*, vol. 62, 2017, p. 10 ss., disponibile su https://ssrn.com/abstract=2696045.

¹⁵¹La raccolta dei dati come abuso di sfruttamento letta attraverso il parametro dell'equità è di M. MAGGIOLINO, *I Big Data e il diritto antitrust*, cit., pp. 198-202.

contigui ed in relazione ad un numero crescente di servizi secondari e complementari, aumentando il rischio di *tipping*.

Queste imprese hanno l'aspirazione di soddisfare il consumatore in ogni sua esigenza (anzi, con le dinamiche già analizzate, profilando ogni sua esigenza in modo tale da non farlo "muovere più"), proponendosi alla fine come *one-stop-shop*, una piattaforma... totalitaria che neutralizza ogni concorrenza¹⁵².

Ci si trova di fronte, in altre parole, al rischio del *platform* envelopment¹⁵³, che potrebbe portare, proprio con la complicità di strategie come il *bundling*, alla creazione di veri e propri aftermarkets che imprigionano gli utenti¹⁵⁴ (aspetto, questo, fondamentale per la definizione del mercato rilevante di cui si dirà nel cap. 2).

In questo scenario si inseriscono anche i tentativi di chi ha provato ad ampliare – rispetto al criterio, forse inidoneo, delle quote di mercato – il test di dominanza da applicare alle imprese digitali¹⁵⁵.

¹⁵² La teoria dello *one stop shop* è richiamata da F. VESSIA, ult. cit., p. 98, che rimanda anche all'analisi di M. MAGGIOLINO, *I Big Data e il diritto antitrust*, cit., p. 262 ss.

¹⁵³ Contributo pioneristico ed esaustivo sul fenomeno, tutto digitale, del *platform* envelopment, è fornito da T. EISENMANN, G. PARKER, M. VAN ALSTYNE, *Platform* Envelopment, in Strategic Management Journal 32, vol. 12, 2011 p. 1270-1285.

Molte di queste inquietudini sono peraltro espresse da G. PITRUZZELLA, *Big Data and Antitrust Enforcement*, cit., p. 79 ss.

¹⁵⁵ F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, cit., p. 194 ss, ricordano gli ulteriori indici che, a detta della Commissione europea, vanno presi in considerazione: il carattere più o meno stabile della quota di mercato, il numero e la forza delle imprese concorrenti, il ruolo della concorrenza potenziale, l'esistenza di eventuali barriere all'ingresso, risorse tecniche e finanziarie dell'impresa. Merita soprattutto menzione il tentativo di "aggiornamento" degli indici di dominanza, operato da M.E. STUCKE, A.P. GRUNES, *Big Data e Competition*

Gli ostacoli sono, tuttavia, considerevoli. È opinione diffusa in dottrina che la posizione dominante nell'ecosistema digitale possa essere dovuta al merito, conquistata grazie all'innovazione e all'efficienza.

In altre parole, sarebbe l'effetto di condotte ed investimenti virtuosi, premiati dal consumatore, dalla qualità¹⁵⁶. E questo varrebbe *in primis* per Google, che avrebbe "scalato" il mercato, guadagnandosi il primato – che adesso tiene stretto con tutti gli strumenti possibili – legittimamente, grazie ad un servizio semplicemente migliore e ad una superiorità tecnologica¹⁵⁷ (in altre parole, è la *competition on the merits*).

Policy, Oxford, 2016, richiamato tra gli altri da M. DELMASTRO, A. NICITA, Big Data, cit., p. 72 ss. Secondo questa nuova impostazione, la dominanza delle piattaforme online andrebbe identificata in un insieme delle condizioni già analizzate: la natura e le altre caratteristiche dei dati raccolti; b) l'efficacia degli algoritmi; c) le economie di rete (che rendono elevato il costo-opportunità di uscire dalla piattaforma); d) le economie di scala (grazie alle quali la piattaforma riduce i costi di partecipazione, grazie alla sua dimensione); e) le economie di varietà (grazie alle quali la piattaforma abbassa i costi dell'offerta congiunta di servizi); f) i costi di coordinamento nell'uscita che gli utenti dovrebbero sostenere per abbandonare la piattaforma e trasferirsi su una concorrente; g) l'assenza di interoperabilità fra imprese (che naturaliter fidelizza ogni utente alla piattaforma); h) l'assenza di portabilità del dato (costi di uscita dell'utente e costo di entrata di un nuovo operatore, così facendo, aumenterebbero).

¹⁵⁶ Sul punto, tra gli altri, S. GOBBATO, *Big data e "tutele convergenti" tra concorrenza, GDPR e Codice del consumo*, in *Medialaws – Rivista di Diritto dei media*, 3, 2019, p. 151 ss. Ma vd. anche M.E. STUCKE, *When a Monopolist Deceives*, in *Antitrust Law Journal*, n.3, 2010, p. 828 ss., disponibile su: http://ssrn.com/abstract=1644734. E vd. diffusamente M. MAGGIOLINO, *I Big Data e il diritto antitrust*, p. 222 ss.

¹⁵⁷ Di questo avviso V. FALCE, M. GRANIERI, *Searching a Rationale*, cit., p. 81 ss. Per gli AA., peraltro, non solo il *design* di integrazione verticale di Google sarebbe procompetitivo, ma anche il *search bias*, lungi dal discriminare i consumatori, sarebbe un semplice effetto fisiologico – oltre che consentito – della condotta che Google adotta per difendersi. Sul comportamento di Google, soprattutto in relazione alle caratteristiche delle

proposito c'è tutta una teoria, in un certo senso (neo)schumpeteriana, che ritiene contendibile e fragile la posizione dominante delle piattaforme digitali¹⁵⁸. La testimonianza arriverebbe proprio dall'esperienza dei motori di ricerca: fino a pochi anni fa la potenza di Yahoo! appariva stabilmente salda. In pochi avrebbero preconizzato una tale ascesa di Google e, se ciò è avvenuto, il merito è ascrivibile all'impresa stessa, alla sua forza innovatrice dirompente (più che... disruptive) e alla sua idea vincente di ranking, basata su una combinazione diversa di input. E questo al di là della mole decisamente considerevole - di dati raccolta da Yahoo!.

Naturalmente un ruolo nodale è ricoperto, in questo frangente, dalla scarsa rivalità dei dati. Lo stesso elemento di non essenzialità fonda anche le numerose obiezioni che, come ampiamente analizzato, rendono l'EFD, e più in generale il rifiuto ingiustificato di contrarre, difficilmente applicabile alle imprese digitali (almeno alle attuali condizioni), se non valutando *case by case* le circostanze specifiche.

__

strategie adottate, vd. anche S. BROOS, J.M. RAMOS, Google, Google Shopping and Amazon, cit., p. 3 ss.

Questa tesi è stata sostenuta con forza nel 2013 dall'allora Direttore generale europeo per la competizione, A. ITALIANER, nel suo intervento *Level playing field and innovation in technology markets*, tenuto *alla Conference on Antitrust in Technology*, a Palo Alto (US), 2013, p. 3-8. In particolare, Italianer giunge all'ipotesi di astensione dall'intervento antitrust, qualora si desse per certo che, con l'arrivo dirompente sul mercato di un nuovo prodotto o di un nuovo processo innovativo, la dominanza delle imprese digitali entri in crisi (in altre parole, grazie alla tecnologia, anche le più solide posizioni di dominio si ditruggerebbero). L'intervento è reperibile su https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013 01 en.pdf.

L'interrogativo sul da farsi, allora, è irrimandabile. I tempi impongono un cambio di prospettiva che andrebbe, magari, allargata: proprio di questo senso, di questa direzione, dell'integrazione con le tutele della *privacy* (anche in relazione agli abusi di sfruttamento dovuti alla raccolta dei dati) e del consumatore si discuterà nel terzo capitolo. Ma appare già evidente la necessità di una nuova visuale, di un nuovo "respiro".

5. La via (meno estrema) dell'abuso di dipendenza economica

C'è già, tuttavia, come suggerito in dottrina, soprattutto in relazione all'inapplicabilità dell'EFD, una via più morbida, con requisiti meno rigidi (e meno... stantii) della *doctrine* e dell'abuso di dominanza classico: l'abuso di dipendenza economica¹⁵⁹. Quello dell'abuso di dipendenza economica è un sentiero peculiare, in parte recente - disciplinato dall'art. 9 della L. 192/1998 - e, come ribadito nel 2011 dalla Cassazione, ricorre in situazioni di «disequilibrio economico e giuridico» tra imprese, quando «una impresa sia in grado di

La proposta dell'abuso di dipendenza economica come "chiave" per indagare ed inquadrare i comportamenti delle imprese digitali è avanzata da F. VESSIA già in *Big data: dai vantaggi competitivi alle pratiche abusive*, cit., p. 1078 ss., ripresa in *Big data e profili*, cit., p. 96.

determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi.

La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nell'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto»¹⁶⁰.

Il perimetro è sostanzialmente analogo a quello analizzato con l'abuso di posizione dominante, ma le condizioni dell'abuso di dipendenza

di posizione dominante, ma le condizioni dell'abuso di dipendenza economica sembrano più idonee alle circostanze dei mercati digitali, caratterizzati spesso proprio dall'eccessivo squilibrio di diritti e obblighi tra i giganti, possessori di dati strategici, ed i piccoli operatori. Con questa soluzione, peraltro, la condotta del *refusal to supply* è configurabile come abusiva già quando si riesca a provare che, rispetto alla risorsa posseduta dall'impresa, non esista una «reale possibilità sul mercato di reperire alternative soddisfacenti». In altre parole, le

Così Cass. Sez. Un., sent. 24906/2011. Reperibile su https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKE wjai9TTjOzpAhUrlIsKHaaZAnwQFjABegQIBBAB&url=http%3A%2F%2Fwww.distret to.torino.giustizia.it%2Fallegato_riservata.aspx%3FFile%3D6026&usg=AOvVaw0ty6sx Ac--fdIdGZ-1REhV.

soluzioni differenti sul mercato potrebbero anche esserci, ma sarebbero così sconvenienti da risultare non soddisfacenti.

In questo modo, allora, si evitano le maglie strette dell'intreccio tra 102 TFUE ed EFD, che richiedono l'essenzialità e l'unicità della risorsa e l'esistenza di una concorrenza, anche potenziale, su un mercato diverso e secondario (oltre che la novità del prodotto)¹⁶¹.

6. Spunti dalle concentrazioni

Merita un cenno anche l'altro *concern*, legato ai Big Data, del diritto antitrust: le concentrazioni¹⁶². Accade spesso infatti che i giganti digitali ricorrano ad acquisizioni e fusioni mirate – *killer acquisitions* – con cui si impadroniscono sia di concorrenti (anche potenziali), sia di nuovi operatori che ne completano l'offerta.

Sempre più frequente è peraltro l'acquisto, da parte delle piattaforme dominanti, di nuove, giovani e particolarmente innovative *start-up* (a

¹⁶² Le concentrazioni, per I. GRAEF, *Market definition*, cit., p. 476, non sarebbero che un ulteriore mezzo usato dalle imprese per accedere ai dati digitali ed assicurarsi *input* cruciali per il proprio processo produttivo.

¹⁶¹ F. VESSIA, ult. cit., p. 1082. Per l'A. lo strumento dell'abuso di dipendenza economica può essere impiegato anche nei casi di accesso discriminatorio ai dati personali da parte di imprese che li possiedano e li cedano a più operatori a condizioni non paritarie.

volte anche prive di fatturato ma "piene" di dati e potenzialità)¹⁶³, in modo tale da "stroncare" sul nascere potenziali minacce¹⁶⁴.

Appare evidente che i criteri tradizionali di controllo di queste operazioni, come quelli delle soglie del fatturato, non sono adatti agli scenari digitali. Soprattutto dopo il già citato caso *Facebook/Whatsapp*, acquisizione esclusiva operata dal colosso di M. Zuckerberg, che non ha azionato il campanello d'allarme di molte autorità antitrust nazionali proprio per il fatturato relativamente basso di Whatsapp (nonostante il possesso di enormi insiemi di dati).

La concentrazione è stata autorizzata nel 2014 dalla Commissione (che, tra le altre cose, non era originariamente competente proprio per i criteri dimensionali delle soglie di fatturato, ma lo è divenuta poiché l'operazione ha interessato più di tre giurisdizioni di Stati membri), senza un'istruttoria davvero approfondita e con le ragioni già esposte, secondo le quali l'operazione non avrebbe prodotto una riduzione della disponibilità dei dati personali (diffusi e reperibili comunque sul mercato, vista l'eterogeneità delle fonti) e la *privacy* non sarebbe stata un criterio valido di valutazione dell'operazione¹⁶⁵.

¹⁶³ È il c.d. modello del *garage*, richiamato da A. PEZZOLI, *Big Data e antitrust*, cit., p. 256

¹⁶⁴ Soprattutto sull'acquisizione delle *start-up*, vd. AGCM, AGCOM, GARANTE, *Indagine conoscitiva*, cit., p.81.

¹⁶⁵ Un'analisi approfondita delle motivazioni e del ragionamento della Commissione è fornita da S. GOBBATO, *Big data e tutele convergenti*, cit., p. 153 ss.

Certo, da un lato la *privacy* è diventata, come visto in precedenza, criterio sempre più significativo nelle successive valutazioni della Commissione; e, dall'altro lato, nel 2017 la Commissione è tornata sui suoi passi per irrogare una sanzione di 110 milioni di euro a Facebook che, contrariamente a ciò che aveva dichiarato durante l'istruttoria, nel 2016 ha creato un abbinamento, un *matching* degli account e dei dati Facebook/Whatsapp di ogni utente¹⁶⁶.

Proprio la Commissione si è interrogata sull'attualità dei criteri classici legati al fatturato¹⁶⁷, soffermandosi sulla possibilità di estendere le valutazioni al piano della qualità, dell'innovazione - con una particolare attenzione agli effetti prodotti in concreto dall'operazione (quasi ribaltando il vaglio *ex ante*)¹⁶⁸ – e del valore della transazione. In quest'ultima direzione si è mossa l'autorità tedesca, insieme a quella austriaca, accogliendo il *transaction test*, parametro caro alla giurisprudenza statunitense, che introduce nuovi criteri di notifica

¹⁶⁶ Commissione europea, *M.8228 Facebook/Whastapp*, 2017. Reperibile su https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8228_493_3.pdf. In particolare, Facebook è stata sanzionata per aver omesso informazioni rilevanti e aver reso dichiarazioni fuorvianti sulla fattibilità (e sull'intenzione) del *matching*, presentato come irrealizzabile e poi messo in atto solo due anni dopo.

Già nel 2016 è stata avviata una consultazione pubblica a riguardo, reperibile su https://ec.europa.eu/competition/consultations/2016 merger control/summary of replies en.pdf.

¹⁶⁸ A tal proposito, M. DELMASTRO e A. NICITA, *Big Data*, cit., p. 41, ricordano che il Premio Nobel J. Tirole ha addirittura ipotizzato un capovolgimento dell'approccio antitrust per quanto riguarda le concentrazioni delle piattaforme digitali, auspicando un'inversione dell'onere della prova in capo alle piattaforme circa gli effetti concretamente proconcorrenziali della concentrazione.

(basati, appunto, sul valore effettivo della transazione), con l'obiettivo dichiarato «di estendere i criteri di valutazione della dominanza adeguandoli alle diverse caratteristiche dell'economia digitale»¹⁶⁹.

Sono quindi innumerevoli le novità all'orizzonte, che mettono in crisi i vecchi standard e le vecchie certezze. La fluidità sembra, insieme al dinamismo, la vera cifra di questi ecosistemi. Occorre, adesso, definire proprio questi ecosistemi, questa cornice, lo spazio vitale delle piattaforme: i mercati rilevanti.

¹⁶⁹ Le novità e il contesto in cui si inserisce il *transaction test* sono analizzate da F. VESSIA, *Big Data e profili* (cit. da dattiloscritto).

Capitolo 2. Il potere di mercato dei nuovi giganti del web

1. Il tema del mercato rilevante dei dati

È soprattutto nel perimetro in cui si muovono – o meglio, hanno libertà di movimento in virtù del loro *power* – le imprese dominanti del *web* che si possono apprezzare le peculiarità, magmatiche e fluide, dell'ecosistema digitale.

Appare fondamentale, infatti, l'approfondimento del potere di mercato attraverso l'indagine dei mercati rilevanti.

Tradizionalmente, il mercato rilevante è «quella zona geograficamente circoscritta in cui, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra loro sostituibili, le imprese che forniscono quel prodotto si pongono tra loro in rapporto di concorrenza»¹⁷⁰. Appare già evidente come sia questo il presupposto di accertamento di un eventuale illecito legato alla posizione dominante.

¹⁷⁰ Consiglio di Stato, CdS, sent. 3032/2014, caso Gare ASL campane. Reperibile su https://www.eius.it/giurisprudenza/2014/113.

Ancora: è in questo contesto che si può parlare di esercizio di potere di mercato come capacità di imporre ai consumatori, in riferimento ad un certo bene, un prezzo superiore al costo marginale.

Nello specifico, la definizione del mercato rilevante è sottoposta al criterio merceologico – che «comprende tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, di loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati» ¹⁷¹ – e a quello geografico – che «comprende l'area nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, ove le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che si può distinguere dalle zone limitrofe in particolare perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse» ¹⁷².

Già alla luce di queste considerazioni ritornano alcuni elementi trattati nel capitolo precedente che rendono decisamente unico il contesto digitale. Proprio sulla base di tali elementi andrà modellata

¹⁷¹ F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, cit., p. 59. Gli AA. ricordano a tal proposito l'impostazione fornita dalle istituzioni europee, evidenziando l'importanza che il criterio del mercato rilevante del prodotto attribuisce alle caratteristiche della domanda ed alle preferenze del consumatore.

¹⁷² F. GHEZZI, G. OLIVIERI, ult. cit., p. 64, che anche qui richiamano la definizione europea. Il quadro nazionale fornisce lo stesso indirizzo comunitario, soffermandosi però sulla posizione dominante. Infatti, il mercato del prodotto sarebbe «il più piccolo gruppo di prodotti... per cui è possibile, in ragione delle possibilità di sostituzione esistenti, la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante», e il mercato geografico «la più piccola area geografica per cui è possibile, in ragione delle possibilità di sostituzione esistenti, la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante».

l'analisi del mercato rilevante e del potere di mercato, in relazione alla possibilità per l'impresa di alterare «in modo significativo le dinamiche competitive, producendo effetti deleteri su quantità, prezzi, qualità, varietà e grado di innovatività dei prodotti»¹⁷³: vengono dunque in rilievo, in questo caso, gli aspetti cruciali dei giganti del *web* come il dato qualitativo ed i processi di innovazione tecnologica.

Occorre prima di tutto sgombrare il campo da eventuali problemi. Per parte della dottrina non si potrebbe ragionare di mercati rilevanti a causa di un vizio "ontologico": l'attività di raccolta dei dati non sarebbe propriamente configurabile come economica. Google e Facebook, ad esempio, non offrirebbero sul mercato i dati che raccolgono.

In questa direzione, peraltro, si muove anche la tesi per cui l'interazione tra utenti e piattaforme non risulterebbe economica poiché la cessione di informazioni non sarebbe che una fisiologica conseguenza dell'iscrizione alla *platform*, un mero *step* – più che un requisito – per accedere al servizio¹⁷⁴.

Queste obiezioni non appaiono però fondate: le piattaforme digitali agiscono nel pieno rispetto della logica di mercato (come essa è

¹⁷⁴ Di questo avviso G. COLANGELO, *Big data, piattaforme digitali*, cit., p. 439. L'A. richiama le perplessità, in tal senso, sollevate da I. Graef, che inquadra il meccanismo (formalmente volontario) di cessione dei dati come un mero passaggio necessario per usufruire del pacchetto offerto dagli operatori. Uno schema, questo, che sarebbe valido

soprattutto per i servizi di social networking.

76

¹⁷³ Così M. MAGGIOLINO, *Concorrenza e piattaforme*, cit., p. 58-59.

delineata dalla Corte di giustizia), poiché perseguono finalità commerciali (tanto in relazione all'estrazione di conoscenza per migliorare la propria offerta, quanto in relazione al potenziale guadagno per i servizi offerti, anche gratuitamente); inoltre – e, si ribadisce, dovrebbe essere questo lo spirito per affrontare le nuove priorità dell'agenda digitale – il diritto antitrust ha spesso un approccio funzionale, teso ad espandere il più possibile il proprio campo di applicazione, non limitato ai vecchi steccati¹⁷⁵.

In questo senso, come si vedrà approfonditamente nel terzo capitolo, si è mosso il Bundeskartellamt, che ha configurato, con riferimento a Facebook, come commerciale lo scambio fra le informazioni personali fornite dall'utente ed il servizio offerto, gratuitamente, dalla piattaforma¹⁷⁶.

2. La dimensione merceologica

Al di là di questa pur limitata certezza, tuttavia, sono tanti gli interrogativi e le perplessità imposte dai mercati digitali. Torna prima

¹⁷⁵ Le osservazioni che configurano come economica, a tutti gli effetti, l'attività di raccolta dati anche quando non commercializzati, sono riportate da M. MAGGIOLINO, I Big Data e il diritto antitrust, cit., p. 198.

¹⁷⁶ Vd. infra, p. 108 ss.

di tutto utile la distinzione menzionata nel primo capitolo tra mercati caratterizzati dai Big Data come *input* e quelli, invece, in cui i Big Data rappresentano veri e propri *output*, risultati finali – e quantificabili - dell'attività economica.

Allo stesso modo, risulta fondamentale ricordare i profili nodali dei modelli di business multi-versante esaminati nel primo capitolo (su cui non si tornerà qui): l'ambiguità della sostituibilità dei dati, gli effetti di rete – non solo diretti ed indiretti, ma anche bilaterali ed unilaterali e dunque non sempre motivo di crescita positiva per entrambi i gruppi – e i servizi offerti agli utenti (spesso inconsapevoli), di regola gratuitamente, in cambio dell'attenzione e dei dati personali (e torna dunque una delle questioni più importanti: sul versante degli utenti si assiste all'assenza totale di prezzo). E allora già sono molteplici, ed estremamente vari, gli aspetti critici che emergono: ci si interroga, ad esempio, su quanto le collezioni di dati, ai fini dell'analisi merceologica, possano ritenersi "sostituibili" per i consumatori 177 (ecco il tema della centralità della domanda) e su quali requisiti del prodotto

¹⁷⁷ È già il caso di richiamare l'opinione di G. PITRUZZELLA, *Big data, competition and privacy*, cit., p. 30. Per l'A., infatti, «*Big Data should not necessarily be thought of as an undistinguished pool of data, as there might be different types of information that satisfy different needs of different companies».*

riflettere, per concludere che si dovrebbe guardare anche alla destinazione d'uso, oltre che al prezzo¹⁷⁸.

In primis, tuttavia, è necessario guardare nello specifico al discrimen tra Big Data utilizzati come input e come output: diffusa è l'opinione secondo la quale sarebbe corretto discutere di mercato rilevante in relazione ai dati solo quando questi rappresentino il prodotto finale dell'attività economica di impresa.

In altre parole, nel solo caso in cui questi vengano commercializzati tramite l'immissione e lo scambio sul mercato (a differenza del loro impiego come semplici *input* finalizzati al miglioramento delle caratteristiche e dei processi interni alle piattaforme)¹⁷⁹.

Secondo quest'ultima impostazione, insomma, si arriverebbe a sostenere che, dal momento che la definizione del mercato rilevante richiede la presenza di una domanda e di un'offerta per il prodotto di cui si deve valutare la sostituibilità, la circostanza che l'impiego dei dati sia solo un *input*, senza commercializzazione, farebbe venire meno i

¹⁷⁸ È questa la premessa per la definizione del mercato rilevante secondo F. VESSIA, *Big Data: dai vantaggi competitiv*i, cit., p. 1070. Per l'A., infatti, sono tre gli elementi da prendere in considerazione: i) le caratteristiche del prodotto/servizio; ii) il prezzo degli stessi; iii) la destinazione d'uso.

¹⁷⁹ Di questo avviso M. GAMBARO, *Big Data, mercato e mercati rilevanti*, cit., p. 205 ss. Solo in questo contesto, per l'A., il mercato opererebbe in modo ragionevolmente concorrenziale con molti operatori. Tuttavia, l'A. invita a non trascurare la frequente presenza di modelli di integrazione verticale, che vedono la stessa impresa attiva su diversi strati della catena del valore, vd. *supra* pg. 23. Un esempio, in tal senso, è proprio quello di Google, di cui si dirà in queste pagine.

presupposti necessari per l'individuazione del mercato stesso. In altre parole, l'indagine sulla rilevanza e l'individuazione di un autonomo perimetro si potrebbe operare solo in presenza di un'attività "verso l'esterno", sul mercato, delle *platforms*¹⁸⁰.

Parte della dottrina che ha accolto la prospettiva della definizione del perimetro rilevante in relazione allo scenario in cui i dati rappresentino il risultato dell'attività della piattaforma, ha anche proposto di individuare il mercato rilevante in quattro (sotto)mercati rilevanti contigui, ognuno riferito ad uno *step* della *data chain* dei dati già analizzata. Si configurerebbe agevolmente, così facendo, il mercato rilevante della raccolta dei dati; dell'immagazzinamento dei *raw data*; dell'analisi dei dati; e, infine, del riutilizzo degli stessi¹⁸¹.

Con queste premesse si comprende, dunque, come sul piano dell'individuazione del mercato in relazione all'attività economica degli operatori *tech*, gli approcci siano differenti e poco definiti.

Se nel citato caso *Facebook/Whatsapp*, infatti, la Commissione europea non ha ritenuto percorribile la strada di definizione di un mercato rilevante autonomo della fornitura e di elaborazione di dati, non essendo

¹⁸¹ È questa la teoria, per alcuni aspetti estrema, di V. BAGNOLI, *The big data relevant market*, in *Big data e concorrenza*, cit., p. 90 ss., richiamata da F. VESSIA, *Big data: dai vantaggi competitivi*, cit., p. 1072.

¹⁸⁰ Discute di questo aspetto, anche in senso critico, M. MAGGIOLINO, *I big data e il diritto antitrust*, cit., p. 234 ss.

nessuna delle due parti coinvolta direttamente in questi mercati¹⁸² (salvo poi sancire in *Google Shopping* la definizione precisa – ed autonoma – del *general market* dei servizi dei *search engines*), una prima soluzione è giunta dal Bundeskartellamt.

L'Autorità tedesca si è, negli ultimi tempi, mostrata più aperta e "possibilista", con la previsione di un «autonomo mercato dei dati» e la configurazione del «potere di mercato di un'impresa, come Facebook, misurato in termini di accesso, ampiezza e vastità dei dati personali collezionati» una chiara apertura verso la configurabilità del patrimonio di dati come vera e propria moneta di scambio (dati che di certo consolidano il potere delle piattaforme che li detengono, come si dirà a breve).

Una seconda soluzione è fornita da chi ipotizza che sia possibile configurare un mercato rilevante unicamente in relazione ai *two-sided transaction markets*, veri e propri luoghi di incontro e scambio commerciale... reciproco e simultaneo, tangibile su un mercato¹⁸⁴. Non

¹⁸² Commissione europea, *Facebook/Whatsapp*, ult. cit., par. 70 ss. Nella stessa occasione, tuttavia, la Commissione ha profilato l'esistenza di mercati di *social networking* e *consumer communication*, da affiancare al servizio di *online advertising*.

¹⁸³ Così F. VESSIA, ult. cit., p. 1072, che rimanda alla *Interview with Andreas Mundt – President of the Bundeskartellamt*, 2016. L'intreccio tra tutela della concorrenza e tutela della *privacy*, proprio in base ai nuovi indirizzi della Germania, è trattato in modo dettagliato nel cap.3.

Di questo avviso G. COLANGELO, *Big Data, piattaforme digitali*, cit., p. 440. Un contributo fondamentale, in questo senso, è quello di L. FILISTRUCCHI, L.D. GERADIN, E.V. DAMME, P. AFFELDT, *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*,

sarebbe altrettanto semplice, invece, identificare un mercato rilevante comune nel caso dei *non-transaction* - o *attention* - *markets*¹⁸⁵, che sono sì multiversante, ma caratterizzati (come ampiamente visto nel primo cap.) da effetti indiretti tendenzialmente unilaterali (i due gruppi andrebbero cioè tenuti distinti)¹⁸⁶.

A questo proposito merita una menzione il modello di Google: ha riscosso infatti particolare successo la tesi secondo cui il colosso dei *search engines*, considerati i diversi "ruoli" che occupa all'interno della catena del valore ed i molteplici ed eterogenei servizi proposti, sarebbe indistintamente protagonista nei *transaction markets* e nei *non-transaction*, con la conseguenza che il suo perimetro rilevante andrebbe delineato caso per caso, "cucito" sull'attività svolta in concreto¹⁸⁷

_

TILEC Discussion Paper N. 2013-009; Tillburg Law School Research Paper N. 09/2013, 2013, p. 26 ss. Il testo è reperibile su: https://ssrn.com/abstract=2240850.

¹⁸⁵ Sulla distinzione tra transaction e non-transaction markets, vd. supra p. 13-14.

¹⁸⁶ Come già accennato, il punto è approfonditamente trattato dal BUNDESKARTELLAMT in *The Market Power of Platforms and Networks*, 2016, p. 6 ss. Il documento è reperibile su: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Think-Tank-Bericht-Zusammenfassung.pdf? blob=publicationFile&v=4. Per la distinzione tra effetti unilaterali e bilaterali vd. *supra*, p. 13.

¹⁸⁷ La letteratura in merito è ampia. Vd. almeno S. BROOS, J.M. RAMOS, *Google, Google Shopping and Amazon*, cit., p. 7 ss. Gli AA. evidenziano, tra le altre cose, come Google Shopping e Google Search – che più che *markets* sono *intermediaries* - non siano automaticamente nello stesso mercato rilevante, entrando in gioco fattori importanti come gli *ads*. Sempre a proposito della difficoltà nell'incasellare nei *markets* l'attività degli *intermediaries*, gli AA. sottolineano come, nell'acquisizione di DoubleClick da parte di Google, la Commissione europea «ventured into defining one relevant market for online advertising intermediation activities». Nel caso VISA, poi, la Commissione «acknowledged that the two-sided nature of card payment system deserved the definition of one relevant market». Nello stesso contributo gli AA. richiamano anche la tesi di T. HOPPNER, *Defining Markets for multi-Sided Platforms: The Case of Search Engines*, in 38 *World Competition*, Issue 3, 2015, p. 351 ss., secondo cui «defining a single relevant market for a variety of multisided intermediaries cannot work because each side requires an

(questa idea, oltre ad evidenziare i limiti della rigida, e un po' manichea, divisione tradizionale, è uno dei presupposti della teoria *across-markets*, di cui si discuterà nel prossimo paragrafo, secondo la quale i giganti digitali, in virtù delle loro aspirazioni totalitarie, punterebbero ad espandersi ed acquisire sempre più fette di mercato tramite l'offerta di servizi secondari e distanti dal proprio *core business*).

Già alla luce di tali considerazioni, allora, sarebbe forse il caso di rinunciare alla ricerca pervicace di un unico grande mercato rilevante dei dati, per considerare la possibilità che ce ne siano tanti, troppi, da indagare con nuovi strumenti.

Con nuovi strumenti, probabilmente, si dovrebbe muovere anche il tentativo dettagliato di qualificazione del versante dei consumatori cui sono offerti servizi *zero price*. Senza allontanarsi dal *field* dei motori di ricerca, c'è chi ha avanzato la proposta di definizione di un mercato con perimetro "trasversale" che unisce i risultati di ricerca (lato dei consumatori) e le inserzioni pubblicitarie (che fanno leva proprio sull'attenzione degli utenti, condivisa dalla piattaforma)¹⁸⁸.

_

independent substitutability analysis». Il contributo di T. Hoppner è disponibile su https://ssrn.com/abstract=3040557. Sulla doppia (o tripla) identità di Google in relazione alla definizione dei mercati rilevanti, vd. anche L. FILISTRUCCHI, L.D. GERADIN, E.V. DAMME, P. AFFELDT, *Market Definition*, 2013, cit., p. 5, 25 ss.

¹⁸⁸ Questa è una delle "strade" proposte, tra tutti, da G. COLANGELO, *Big data, piattaforme digitali*, cit., p. 440.

Tuttavia, per rispondere all'esigenza di misurare la rilevanza (è il caso di dirlo) dell'attenzione che gli individui forniscono, con l'inconsapevolezza – e l'asimmetria informativa - di cui si è detto, appare necessario "ampliare", come si vedrà a breve¹⁸⁹, il campo di analisi ed aprirsi a nuovi parametri di valutazione e nuove variabili, che tengano conto della "sfera" di *welfare* del consumatore e delle caratteristiche – che vanno ben oltre la dimensione tradizionale del prezzo - dell'ecosistema digitale e degli effetti di rete ad esso connessi.

3. La dimensione geografica

Non meno criticità sorgono in relazione alla definizione del perimetro geografico.

Nello specifico, sono due gli ordini di problemi che vengono in rilievo, entrambi legati all'idea di "barriere", "discriminazioni" nazionali che si oppongono alla vocazione transnazionale delle piattaforme digitali, la cui dimensione e il cui raggio d'azione è spesso (potenzialmente) globale.

84

¹⁸⁹ Vd. *infra*, par. 4.

Il primo aspetto critico riguarda il c.d. *geoblocking*, una pratica discriminatoria diffusa nel mondo dell'*e-commerce* che «*prevents* online customers from accessing and purchasing products or services from a website based in another member State»¹⁹⁰.

Il consumatore, dunque, viene discriminato dalla *platform* in base alla sua residenza, alla sua nazionalità o al suo luogo di stabilimento.

Più nel dettaglio, allora, si può affermare che «el geoblocking, entendido como cualquier barrera tecnológica que tenga por finalidad impedir o dificultar las compras on-line de forma transfronteriza, o sea utilizada para impedir o dificultar el disfrute de forma transfronteriza de un servicio de contenido digital, cobra una especial importancia para la consecución del mercato digital»¹⁹¹.

Nella maggior parte dei casi, la discriminazione derivante dal *geoblocking* consiste in una condotta ingiustificata della piattaforma *seller* che, basandosi unicamente sulla "provenienza" virtuale del consumatore, o impedisce la transazione richiesta, o "dirotta" il consumatore sulla pagina nazionale del sito, o applica prezzi e condizioni diverse.

¹⁹⁰ Così lo EUROPEAN COUNCIL nel report *Geo-Blocking: unlocking e-commerce in the EU*, documento aggiornato al 06/2020. Il *report* è consultabile su: https://www.consilium.europa.eu/en/policies/geo-blocking/.

¹⁹¹ La definizione e l'inquadramento approfondito dell'intero fenomeno è di V. MARTÍ MOYA, *Geobloqueo y comercio electrónico entre la libre circulación y el derecho de la competencia*, Madrid, 2020, p. 25 ss.

Questa pratica è tutt'altro che rara. Come dimostrato infatti da una dettagliata *survey* sul *mistery shopping* (condotta su oltre diecimila siti europei di *e-commerce*) realizzata dalla Commissione europea¹⁹², ben il 63% dei *websites* non permette ai consumatori di effettuare acquisti da un altro Stato UE (ciò accade soprattutto nel campo dell'elettronica, dagli elettrodomestici agli *smartphones*).

In particolare, non pochi operatori (quasi il 30%), dopo aver ottenuto dal consumatore, come requisito di accesso al servizio, l'indirizzo mail e molte volte anche di residenza (accade nel 90% dei casi), una volta verificata la provenienza del richiedente, negano a quest'ultimo l'autorizzazione a registrarsi al portale. Non è, questo, l'unico ostacolo creato: per quanto concerne il *delivery*, il 32% delle piattaforme si rifiuta di operare questo servizio dopo che l'utente, registratosi, inserisce l'indirizzo per la spedizione del prodotto. Infine, il 26% dei siti blocca la transazione persino nel momento "finale", dopo aver accertato la "identità" dello Stato membro in cui è emesso lo strumento di pagamento del cliente. La discriminazione poi appare ancor più grave perché il 44% degli operatori non avverte gli utenti delle *restrictions*

Un *summary* della *survey*, aggiornato al luglio 2019, è consultabile su: https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/geo-blocking/.

che mette in atto (anche qui torna utile il tema della consapevolezza del consumatore).

In questo contesto la Commissione europea, in linea con la strategia (per alcuni tratti ancora utopistica) del *Digital Single Market* (DSM) lanciata nel 2014¹⁹³, ha adottato nel 2018 un regolamento sul *geoblocking* (Regolamento UE 2018/302)¹⁹⁴, proprio per fronteggiare la minaccia all'integrazione dei singoli mercati (obiettivo primario dell'agenda comunitaria, che permetterebbe ai consumatori una totale libertà di ricerca e scelta in tutto il mercato interno europeo¹⁹⁵).

Nello specifico, il regolamento – che pure riconosce l'esistenza di «diversi motivi per cui le imprese applicano diverse condizioni generali di accesso», tra cui la divergenza dei sistemi giuridici (dalla protezione del consumatore fino ai regimi fiscali), la distinzione tra vendite attive e passive¹⁹⁶ e, più in generale, la sfera assolutamente legittima di

¹⁹³ Tutte le iniziative, gli impegni e i provvedimenti adottati dal 2014 nel senso della costruzione del DSM, che è «one in which the free movement of persons, services and capital is ensured and where the individuals and businesses can seamlessly access and engage in online activities under conditions of fair competition, and a high level of consumer and personal data protection, irrespective of their nationality or place of residence» sono elencati, in costante aggiornamento, su: https://www.consilium.europa.eu/it/policies/digital-single-market/.

Un quadro dettagliato sulle novità del Regolamento è consultabile sul sito del Consiglio dell'UE: https://www.consilium.europa.eu/it/policies/geo-blocking/. Il testo integrale è disponibile su: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R0302&from=EN.

¹⁹⁵ Occorre tuttavia sottolineare, a tal proposito, che i consumatori sono spesso ancora poco inclini ad affidarsi a *suppliers* che non siano nazionali.

¹⁹⁶ Così il Consiglio europeo, che richiama la disciplina comunitaria in tema di concorrenza: «Le restrizioni delle vendite passive (sono passive quando le vendite sono effettuate in risposta a ordini non sollecitati) sono generalmente considerate una violazione del diritto

condotte appartenenti alla *freedom of enterprise* – si propone di eliminare «i blocchi geografici ingiustificati ed altre forme di discriminazione basate, direttamente o indirettamente, sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti».

Vengono in rilievo, in particolare, gli artt. 3, 4 e 5 del regolamento, che vietano rispettivamente la discriminazione ingiustificata per quanto riguarda l'accesso alle interfacce online, l'accesso a beni e servizi e la non discriminazione per motivi legati al pagamento.

Questa proposta, questo desiderio, tuttavia, finiscono inevitabilmente per scontrarsi con la realtà, decisamente frammentata e lontana dalla costruzione effettiva del DSM. La *fragmentation* è lo specchio della presenza, ancora massiccia, di barriere linguistiche (ecco la seconda barriera), che generano prospettive che «individuano i confini naturali, di un mercato tendenzialmente globale, nell'area di utilizzo della lingua adottata dal gestore del sito»¹⁹⁷.

della concorrenza; le restrizioni delle vendite attive (sono attive quando i dettaglianti si rivolgono attivamente ai clienti) sono una pratica comune, che deriva dalla libertà commerciale».

¹⁹⁷ F. VESSIA, *Big data: dai vantaggi competitivi*, cit., p. 1073. L'A. evidenzia come questa prospettiva possa risultare inadatta tanto per eccesso – poiché «in alcune aree di diffusione della lingua considerata non si faccia alcun uso dei servizi digitali in oggetto» - quanto per difetto. Quest'ultimo aspetto è particolarmente rilevante poiché, seguendo l'approccio delle barriere linguistiche, si escluderebbero non solo tutti gli utenti che, pur provenendo da altri Stati, conoscano la lingua in questione; e, soprattutto, si trascurerebbe, come sottolineato dall'A., la circostanza per cui la stragrande maggioranza dei *websites* è dotata di traduttori virtuali istantanei che, potenzialmente, raggiungono qualsiasi utente e qualsiasi linguaggio.

D'altronde, anche gli approcci più "audaci" come quello del Bundeskartellamt, di cui si dirà nel prossimo capitolo, circoscrivono l'indagine al perimetro nazionale rivendicando la competenza statale persino quando si tratta di affrontare fenomeni globali (le condotte di Facebook, nel caso della Germania).

La soluzione, e la speranza, allora, risiedono in una progressiva adozione di regole di funzionamento, strumenti di intervento e di risoluzione comuni a livello europeo (se non a livello globale: i cinque giganti digitali, infatti, operano su scala mondiale e non hanno "provenienza" europea). E, in ogni caso, sarebbe fondamentale che si rafforzassero la trasparenza ed il livello di consapevolezza del consumatore.

4. Altre variabili rilevanti: verso il superamento dello SSNIP test

Per tutte le ragioni appena esaminate, si comprende come uno dei massimi problemi diventi la "quantificazione", l'apprezzamento del potere di mercato, con la necessità di andare evidentemente ben oltre il tradizionale indice dei prezzi.

Solo convenzionalmente e per rapidità, infatti, al potere di mercato si associa la capacità di *fare il prezzo*¹⁹⁸. In realtà, come ricordato in dottrina, «la circostanza che solitamente il potere di mercato si esprima attraverso un incremento del prezzo non esclude che l'esercizio di quel potere possa tradursi anche in una diminuzione della varietà e della qualità dei beni offerti, o ancora in una riduzione del contenuto innovativo dei prodotti e servizi resi disponibili sul mercato»¹⁹⁹. Senza trascurare, poi, le esternalità che rafforzano la piattaforma.

In altre parole, il potere di mercato si può esercitare in una dimensione della concorrenza che vada al di là del prezzo, coinvolgendo la qualità del servizio o le *policy* di raccolta e uso dei dati.

Insomma, entrano in gioco, insieme alle esternalità generate, altre variabili decisive – peraltro intimamente connesse al benessere del consumatore - sulle quali va parametrata la capacità dell'impresa di

¹⁹⁸ Su come l'indagine sul potere di mercato debba andare ben oltre le quote detenute – anche alla luce del forte dinamismo dell'ecosistema digitale – vd. M. GAMBARO, *Big Data, mercato*, cit., p. 201.

M. MAGGIOLINO, *I Big Data e il diritto antitrust*, cit., p. 237, 241-243. L'A. mette comunque in luce la presenza di tre problemi legati alla definizione di potere di mercato di piattaforme multiversante che offrono servizi a prezzo nullo: i) così come l'art. 102 TFUE non sanziona l'imposizione fisiologica di prezzi sovra-competitivi, ma solo quella di prezzi iniqui e ingiustificatamente gravosi, così, di regola, il 102 TFUE non dovrebbe intervenire di fronte ad un abbassamento fisiologico della qualità, della varietà e dell'innovazione, a meno che non si individuasse in futuro una soglia oltre la quale il servizio diventa ingiustificatamente... scadente; ii) il possesso di potere di mercato in relazione ai dati non automaticamente disincentiva le piattaforme multiversante dall'investire in varietà, qualità e innovazione (anzi, le teorie neoschumpeteriane sostengono che sono proprio i mercati monopolistici ad essere propensi all'innovazione e agli investimenti); iii) il discorso va sempre rapportato ai fatti concreti e, tranne qualche sparuto caso statunitense, legato soprattutto al settore radiofonico, all'orizzonte c'è ben poco.

fare... strategia (a prezzi nulli!). In questa cornice si inserisce anche l'idea di affiancare, ai tradizionali criteri merceologico e geografico appena menzionati, un terzo e autonomo criterio: quello dell'orizzonte temporale. La proposta deriva dall'individuazione come aspetto affatto peculiare, tra quelli di cui si è detto, della rapidità di raccolta e di aggiornamento dei Big Data. Naturalmente, però, occorre ribadire che proprio rapidità e continuità di tale flusso di dati può determinarne una altrettanto rapida obsolescenza. Sarebbe più corretto, allora, ricondurre l'elemento temporale nel campo della valutazione merceologica²⁰⁰. Anzi, potrebbe, questo, costituire uno stimolo per aggiornare questo criterio.

Da queste variabili, e con queste premesse, emerge l'inadeguatezza del tradizionale test del monopolista ipotetico o SSNIP (Small but Significant and Non-transitory Increase in Price)²⁰¹. Il test econometrico di origine statunitense è infatti modellato sull'elemento del prezzo (e

_

²⁰⁰ Sulle opportunità (e le criticità) di dare autonomia al criterio temporale, vd. F. VESSIA, *Big data: dai vantaggi competitivi*, cit. p.1071.

²⁰¹ Sull'inadeguatezza dello SSNIP la letteratura è ampia. In particolare, vd. Commissione europea (report a cura di J. CRÉMER, A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER), Competition policy for the digital era, 2019, p. 44 ss. Il report è reperibile su: https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf. Ma vd. anche J. NEWMAN, Antitrust in Zero-Price Markets: Applications, in Washington University Law Review, 94, 2016, p. 58 ss., che, in modo esplicito, afferma che lo SSNIP test sarebbe inapplicabile ai mercati multiversante con servizi offerti gratuitamente perché, banalmente, percent is still zero». I1 testo è reperibile zero https://ssrn.com/abstract=2681304. Infine, M. MAGGIOLINO, ult. cit., p. 249, rimanda opportunamente al volume pioneristico di U. SCHWALBE, D. ZIMMER, Law and economics in European merger control, Oxford, 2009.

perciò rinominato *price test*) e sui modelli ad un solo versante. In particolare, per valutare la sostituibilità dal lato della domanda (cioè dei consumatori) esso «fa coincidere il mercato rilevante con l'insieme di quei prodotti riferibili ad una determinata area geografica che potrebbero essere offerti da un ipotetico monopolista capace di alzare il prezzo in maniera profittevole, per un periodo significativamente non transitorio, almeno del 5-10% del livello corrente»²⁰².

In altre parole, il procedimento consiste nell'individuazione di un certo gruppo di beni, simulando un aumento del prezzo del 5% e chiedendosi se, di fronte a ciò, i consumatori sarebbero spinti a "migrare" e scegliere altri prodotti affini. Se ciò non accadesse, già quel gruppo di beni rappresenterebbe un mercato a sé (in cui il monopolista sarebbe libero di aumentare il prezzo del 5%, senza che per ciò i consumatori scelgano alternative). Se ciò accadesse, il primo gruppo andrà ampliato, comprendendo i "sostituti" scelti dai consumatori, fino a quando non si spostino più.

Il test appare evidentemente inadatto per l'analisi di strutture che non siano mono-versante (si limita a misurare la sostituibilità di un prodotto

²⁰² F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, cit., p. 69-70.

rispetto a singoli mercati adiacenti) e, soprattutto, strutturato sul valore del prezzo che, invece, è il grande assente nei servizi *zero price*²⁰³.

Un percorso più idoneo per l'analisi dei servizi forniti a titolo gratuito sarebbe guardare, come indici per la sostituibilità, alle esternalità ed agli aspetti dei Big Data di cui si è detto: tra tutti, la non rivalità e la velocità di raccolta e di aggiornamento²⁰⁴.

Da qui la proposta di un nuovo indice, il c.d. SSNDQ (Small but Significant Non-transitory Decrease in Quality)²⁰⁵, che sposterebbe l'attenzione sulla qualità dei prodotti e su come si comporterebbero i consumatori se il monopolista riducesse, anche in minima parte, la

²⁰³ Merita tuttavia di essere segnalato il tentativo di "salvataggio" di G. COLANGELO, *Big data, piattaforme*, cit., p. 41, che, in relazione alla distinzione tra *two-sided transaction markets e two-sided non-transaction markets*, propone di utilizzare lo SSNIP test «nella prima ipotesi prendendo come riferimento la somma dei prezzi praticati sui due versanti, mentre nella seconda ipotesi adottando lo SSNIP test in versione tradizionale» e dunque testando la profittabilità di un incremento di prezzo «singolarmente su ciascun versante della piattaforma in quanto gli effetti di rete indiretti in questo caso sono unilaterali anziché reciproci».

Di questo avviso F. VESSIA, *Big data: dai vantaggi competitivi*, cit., p. 1071, 1072. In particolare, l'A. evidenzia come il fattore temporale (velocità di raccolta e aggiornamento) sia così importante da poterne ipotizzare la considerazione insieme alle due variabili tradizionali – merceologica e geografica – del mercato rilevante. Tuttavia, quello della rapidità risulta un criterio troppo evanescente e difficilmente misurabile: per questa ragione converrebbe «stimarlo come parametro essenziale nella determinazione del mercato merceologico solo ove davvero rilevante» (Vessia, *ibid.*).

Anche sull'applicabilità ai dati di questo test la letteratura è diffusa. Tra tutti, vd. J. NEWMAN, *Antitrust in Zero-Price Markets*, cit., p. 67, 70 ss. L'A., peraltro, ipotizza l'applicabilità di un test "mediano": il c.d. SSNIC (Small but Significant and Non-transitory Increase in (exchanged) Costs), un test che valuterebbe il "costo" – nel senso più lato possibile – per i consumatori rispetto ad alcune condotte della piattaforma. Ad esempio: come reagirebbero di fronte all'aumento del 5% (non del prezzo, che non c'è, ma) della durata degli *advertisements*? Lo stesso A. accenna anche allo SNNDP (Small but Significant and Non-transitory Decrease in Privacy Protection), in cui la sostituibilità si valuterebbe in base al livello di protezione di dati offerto, che diventerebbe il vero parametro della qualità.

qualità del servizio offerto e del trattamento dei dati²⁰⁶ (valutandone la reazione e l'eventuale spostamento verso servizi alternativi ed affini allo stesso identico modo dello SSNIP test)²⁰⁷.

Sostituire il prezzo con il degrado di qualità, tuttavia, può presentare comunque criticità, dal momento che il degrado di qualità – tralasciando anche la frequente indifferenza dei consumatori – può essere attuato per diverse ragioni²⁰⁸.

Una questione è tuttavia sicura: la regola, all'apparenza inossidabile, del «no payment no market» è entrata in crisi. La certezza, allora, risiede nell'analizzare ogni caso nello specifico, prestando ai tratti salienti delle piattaforme come le esternalità che producono.

Insomma, seguendo il motto d'oltreoceano «follow the money», ci si dovrebbe concentrare sulla vera sorgente di introiti delle piattaforme, sulle loro interazioni, sui loro reali (e potenziali) concorrenti – senza tuttavia abbandonare la possibilità, qualora fosse necessario, di analizzare la sostituibilità della domanda "versante per versante",

²⁰⁶ Sul punto vd. G. MUSCOLO, *Big Data e concorrenza*, cit., p. 177.

è doveroso sottolineare l'apertura in tal senso della Commissione europea che, in *Microsoft/Skype*, ha riconosciuto come l'attenzione dei consumatori, in un contesto di offerte spesso a prezzi nulli, sia *naturaliter* rivolta ad altri elementi, come la qualità (che, dunque, a pieno diritto diventa parametro concorrenziale). Il caso, C. COMP/M.6281, è reperibile su: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6281_924_2.pdf. Sul punto vd. M. GAMBARO, *Big Data, mercato*, cit., p. 207. Per l'A., infatti, il degrado può avvenire in modo selettivo su alcuni gruppi di consumatori per dar vita a politiche di discriminazione di prezzo, o si può attuare un degrado di servizio verso clienti che utilizzano i servizi di concorrenti in altri versanti del mercato.

considerando in concreto, eventualmente, anche ciò che accade nell'ambito di ciascun versante²⁰⁹. E, così facendo, definire il mercato rilevante guardando «all'uso che i consumatori fanno dei prodotti, più che all'analisi delle loro caratteristiche tecniche»²¹⁰, ridefinendo ed ampliando, empiricamente, i vecchi confini.

5. I giganti del web come "moligopolists": l'approccio "acrossmarkets" e il caso Amazon

Nuovi confini, dunque. Se diverse voci in dottrina si sono accorte della necessità di ridefinire il perimetro della rilevanza²¹¹, una posizione in particolare sembra aver coraggiosamente colto gli aspetti cruciali

²⁰⁹ Sul punto vd. M. MAGGIOLINO, *Concorrenza e piattaforme*, 2017, cit., p. 62. L'A. sottolinea che, come dimostrato dalla Corte di giustizia nel caso *Carte Bancarie*, i due versanti non vadano collegati a tutti i costi.

²¹⁰ M. MAGGIOLINO, ult. cit., p. 63. Con questi strumenti, per l'A., i servizi rivali di Facebook – che offre un pacchetto "completo" di interazioni, possibilità di pubblicare foto, articoli, pensieri anche articolati - si potrebbero valutare nello specifico: Instagram sarebbe concorrente per i contenuti fotografici e Twitter, ad esempio, per la possibilità di formulare opinioni (brevi, tuttavia. E per i pensieri articolati?).

A tal proposito, degna di nota è la posizione, tra gli altri, di F. Thépot, che, in *Market Power in Online Search and Social Networking: A Matter of Two-Sided Markets*, in *World Competition, Kluwer Law International*, 36, 2013, p. 195 ss., arriva ad ipotizzare, nel contesto della pubblicità online, che la sostituibilità vada valutata tra *non-search advertisements* e *search advertisements*, arrivando alla conclusione, dunque, che Facebook e Google competerebbero nello stesso (macro)mercato rilevante. L'intervento è reperibile su: https://ssrn.com/abstract=2307009.

delle condotte dei giganti nei mercati digitali (che pongono concretamente il rischio del «winner takes all»²¹²): il voler assicurarsi sempre più mercati contigui e secondari, con un'aspirazione totalitaria (vista con la teoria one-stop-shop e con il platform envelopment) e il voler competere non sul mercato ma per il mercato.

Il riferimento è al contributo "d'avanguardia" e sperimentale di N. Petit²¹³ – che non ha riscosso troppe adesioni in Italia²¹⁴ – che, nel 2016, ha provato a rivoluzionare l'indagine sui mercati digitali rilevanti, con la premessa che nessuno degli strumenti classici dell'antitrust sarebbe in grado di "incasellare" nel modo corretto le condotte dei tech giants. Le GAFA(M)²¹⁵, infatti, punterebbero a soddisfare e assorbire ogni richiesta del consumatore, con l'intenzione di essergli (necessarie e) sufficienti in ogni settore.

Se infatti, ogni giant mantiene, nel proprio "recinto", un potere ben consolidato – si è detto della posizione di Google come motore di

²¹² L'espressione, particolarmente efficace, è stata coniata da T. EISENMANN, Winner-Take-All in Networked Markets, Harvard Business School, 2006.

²¹³ N. Petit, *Technology Giants, The "Moligopoly" Hypothesis and Holistic Competition:* A Primer, 2016. Il contributo, in forma non definitiva, è reperibile su: http://bruegel.org/wp-content/uploads/2016/10/Tech-Giants-The-Moligopoly-Hypothezisand-Holistic-Competition-A-Primer-PETIT-20-10-16-1-1.pdf.

²¹⁴ La tesi di N. Petit è stata ripresa soprattutto da M. MAGGIOLINO, *I Big data e il diritto* antitrust, cit., p. 264 e da S. GOBBATO, Big Data e tutele convergenti, p. 152. Un'apertura verso queste posizioni si rintraccia anche in AGCM, AGCOM, GARANTE, Indagine conoscitiva, cit., p. 76-77.

²¹⁵ Con l'acronimo GAFAM si fa convenzionalmente riferimento ai cinque giganti digitali: Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft.

ricerca; Apple è "indisturbata" rispetto ai communication and media devices; Facebook, nonostante i social rivali, mantiene la propria posizione (e si evolve, con la previsione di nuove funzionalità e l'acquisizione di Whatsapp); Amazon ha un primato assoluto come online retailer; così come è decisamente salda la posizione del sistema operativo di Microsoft come operating system developer²¹⁶ -, nessuno di questi si accontenta di ciò che detiene in posizione dominante.

Ogni gigante punterebbe cioè ad impadronirsi di sempre più mercati secondari, assicurandosi sempre più prodotti e sfidando gli *incumbents* di quel settore. E lo farebbe, nella maggioranza dei casi, mosso dalla paura che, proprio nei settori secondari, un concorrente riesca a "lanciare", prima di tutti gli altri, un servizio così innovativo da avere forza distruttiva e dirompente (disruptive).

La vera rivalità andrebbe dunque misurata oltre i perimetri classici in cui ogni piattaforma è dominante: si dovrebbe, insomma, guardare oltre i core business di ognuno.

Questa tendenza verso una multi-dimensional competitions definirebbe le Big Five come *moligopolists*²¹⁷, e cioè monopolisti che raramente

²¹⁶ N. PETIT, ult. cit., p. 3.

N. Petit, ult. cit., p. 5 ss., p. 20. Per l'A. «moligopolists are conglomerates with a core business which have entered into adiacent business where they compete against one another».

competono, *head to head*, sul *field* del proprio *core business*, ma sono... in espansione verso altri settori, adiacenti e periferici. Qui spesso acquisiscono, come visto, *startups* emergenti, propongono servizi a prezzi ridotti (rispetto a quelli tradizionali) e provano a svilupparne di nuovi, con la speranza di attrarre nuovi utenti²¹⁸: l'insieme di questi atteggiamenti è descritto da Petit come una *«competition against non-consumption»*²¹⁹.

Questa impostazione, sicuramente a tratti estrema, impone di riflettere sulla realtà. E i riscontri sono molteplici: in molti dei tratti appena citati si colgono le condotte di Google di cui si è detto.

Altro esempio è fornito da Amazon, che oggi vende più di cinquecento milioni di prodotti. Il colosso di Jeff Bezos si è affermato nel tempo come *marketplace*, intermediario classico che fa incontrare su un versante clienti e venditori (di qualunque prodotto, ormai) e, sull'altro versante, gli inserzionisti pubblicitari e gli utenti. Negli ultimi anni, tuttavia, Amazon ha implementato e diversificato la propria attività, entrando fisiologicamente in competizione con le piattaforme (piccole e grandi) di distribuzione e consegna (per conto dei terzi di cui è

²¹⁸ Di queste condotte "espansionistiche" discutono anche M. DELMASTRO, A. NICITA, *Big Data*, cit., p. 60 ss., i quali, tuttavia, parlano di *datapolism*, più che di moligopoplio.

²¹⁹ N. PETIT, ult. cit., p. 4, 39. L'A. parla infatti di moligopolists che «compete against the non-consumption in search of new and low end market footholds».

intermediaria) e ponendosi in prima persona come rivenditore: tra le altre cose, da quasi tre anni sono ventisei i *minimarket* Amazon Go, diffusi in quasi tutto il territorio americano. E non è tutto. Gran parte dei consumatori che acquistano abitualmente online usufruiscono del servizio di spedizione rapida Amazon Prime, al quale peraltro adesso si accompagna Amazon Prime Video, portale di film e serie tv estremamente competitivo e conveniente che, tra le altre cose, ospita sempre più produzioni cinematografiche targate Amazon.

Non sono, queste, le uniche iniziative dirompenti adottate dalla compagnia. Sarebbe giusto infatti affermare che, ormai, Amazon «definisce standard e percorsi di innovazione per sé, per gli utenti e per le aziende degli altri settori»²²⁰: ha infatti sviluppato una tecnologia proprietaria (Audible) per la lettura dei libri digitali (Kindle), aggredendo il mercato degli *e-book* (di cui controlla oggi oltre 1'80%); parallelamente, ha aperto le prime librerie fisiche, con il modello *brick-and-mortar*; con Amazon Web Services, in poco tempo, grazie alla flessibilità della propria integrazione verticale²²¹, è riuscita ad entrare in mercati intermedi, come il *cloud computing*²²², acquisendone la

²²² Vd. *supra*, nt. 13.

²²⁰ M. DELMASTRO, A. NICITA, ult. cit., p. 54.

²²¹ Sul punto, vd. S. BROOS, J.M. RAMOS, *Google, Google Shopping and Amazon*, cit., p. 4 ss., ma vd. anche M. GAMBARO, *Big Data, mercato*, cit., p. 206.

leadership; dei servizi di Amazon Web Services si servono *app* popolari in tutto il mondo, come Airbnb; ottiene ottimi risultati anche dalla vendita di propri prodotti di elettronica di uso "quotidiano" (come le batterie ed i cavi per computer e televisori); ha iniziato ad offrire proprie linee di credito²²³; ha recentemente acquistato il canale Twitch che, nell'ambito del *gaming*, conta più utenti e visualizzazioni di YouTube; si è detto della rivoluzione, nel campo dell'*Internet of Things*, arrivata con Alexa. Ma il dato più indicativo di tutti è la recente acquisizione di Amazon dell'intera catena di cibi freschi Whole Foods²²⁴ (in questi supermercati di lusso *sui generis*, naturalmente, ci si può anche abbonare a gran parte dei servizi offerti da Amazon appena menzionati, che poco hanno a che fare con il genere alimentare).

Il tutto senza considerare, poi, la brevettazione di Kiva, il *robot* che sostituisce l'apporto umano nei magazzini di Amazon; l'investimento nella produzione di navi e velivoli a guida automatica (con tanto di progettazione di un *air-freight hub* in Kentucky); l'acquisizione di

²²³ La questione è trattata da M. MAGGIOLINO, *I Big Data e il diritto antitrust*, p. 264. L'A., riprendendo la tesi di N. Petit sulla tendenza dei *moligopolist*, evidenzia come le motivazioni che hanno spinto Amazon (e anche Apple, con Apple-Pay) a lanciare proprie linee di credito non sono di certo quelle di sfidare banche e istituti di pagamento. Le mire "espansionistiche" sono ben altre, infatti.

²²⁴ I caratteri di questa acquisizione, e le preoccupazioni ad essa connesse, sono ben illustrate da M.J. VEILLEUX, *Alexa, Can You Buy Whole Foods*, p. 502 ss. L'A. riporta poi un tweet che, tra il serio ed il faceto, fa molto riflettere: «Amazon, 1998: hello we sell books but online. Amazon, 2023: please return to your Primehouse for your nightly Primemeal, valued Primecitizen».

partecipazioni di controllo in società (americane) di servizi odontoiatrici; l'ingresso nel mondo della moda con il "lancio" di una propria produzione di abiti²²⁵.

Dove si fermerà, se si fermerà, la strategia di Jeff Bezos (e come sarà possibile apprezzarne il potere di mercato, di volta in volta) non è dato saperlo e forse neanche immaginarlo.

Come detto, le certezze sono poche. Un sentiero potrebbe essere quello di guardare sempre più agli effetti, ai casi concreti, con una valutazione empirica, *effect-based*²²⁶, che riesca ad abbandonare le polverose categorie del passato e le analisi *a priori*. E che possa aprirsi, finalmente, a nuovi orizzonti e nuove tutele.

²²⁵ Un quadro dettagliato sull'espansione di Amazon è disponibile sul canale CNBC: https://www.youtube.com/watch?v=EHRLJsk2V4U. Un analogo tentativo di "inquadramento" della «galassia» gestita da Amazon è presente sul settimanale L'Espresso, n. 29, luglio 2020, p. 28.

²²⁶ È questo l'auspicio – in relazione alla valutazione delle condotte di Google - di V. FALCE, M. GRANIERI, *Searching a Rationale*, 2017. La sola via per "leggere" gli scenari, per gli AA., sarebbe quella di un'analisi dei casi specifici: un *granular approach*.

Capitolo 3: L'abuso di posizione dominante di Facebook, tra tutela della *privacy* e tutela del consumatore

1. Un futuro hipster?

È proprio alla luce del (nuovo) disordine digitale che negli USA si discute di diverse tutele e approcci al diritto della concorrenza. Occorre però fare un passo indietro nella storia frastagliata d'oltreoceano, patria dello Sherman Act, pietra miliare della regolamentazione del monopolio che sanziona *«all monopolies and attempts to monopolize»*²²⁷. Come suggerito da parte della dottrina, l'intera storia americana si può leggere e ricostruire nel segno dell'ambiguità della previsione del 1890 e del dilemma, a dire il vero rimasto irrisolto, sul suo perimetro applicativo e sull'estensione o meno della sanzione ai monopoli non acquisiti tramite *anticompetitive conduct*²²⁸. In altre

²²⁷ La Section 2 dello Sherman Act (1890) sancisce che è illegittimo il comportamento di chi «monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations...».

²²⁸ Il contributo di R.H. LANDE, R.O. ZERBE, *The Sherman Act Is A No-Fault Monopolization Statute: A Textualist Demonstration*, in corso di pubblicazione, 2020, offre una ricostruzione dettagliata degli orientamenti e delle interpretazioni, della giurisprudenza

parole, è sempre stato dubbio se la violazione della Section 2 dello Sherman Act – che non contiene esplicite eccezioni - si possa applicare indistintamente ad ogni monopolio o se faccia salvi quelli acquisiti through historical accident or superior efficiency (insomma, quelli acquisiti "positivamente")²²⁹.

Negli anni si sono avvicendate interpretazioni contrastanti che, anche a seconda delle influenze politiche del momento, si sono mostrate più o meno clementi e permissive verso le imprese monopoliste. E si è assistito alla crescente importanza della *textualist analysis* - proposta nella seconda metà del novecento dal giudice A. Scalia²³⁰ -, un approccio dapprima minoritario tra i giudici della Supreme Court, che suggerisce di interpretare la norma concentrandosi sul suo significato semplice, essenziale, esaminando le definizioni dei *key terms* fornite dai *dictionaries*, le *legal decisions* ed il contesto in cui la previsione di legge ha visto la luce. In altre parole «a textual analysis would not imply

e della dottrina americana dell'ultimo secolo. Particolare attenzione è rivolta dagli AA. anche alle prospettive future delineatesi con i casi dell'ultimo decennio.

Quello del monopolio *on the merits* è peraltro uno dei cavalli di battaglia dei difensori neoschumpeteriani di alcune posizioni dominanti digitali, come si è visto con l'esempio di Yahoo!, che avrebbe perso il proprio potere unicamente a causa della innovativa e dirompente forza di Google, vd. *supra* p. 60, 61.

²³⁰ Per una piena comprensione della teoria di A. Scalia, R.H. LANDE E R.O. ZERBE, *The Sherman Act*, rimandano al contributo dello stesso giudice: A. SCALIA, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law, Princeton University Press*, 1997.

any exemptions that are not plainly evident in the words of the statutes»²³¹.

Tuttavia, né l'inquadramento *textualist* legato al *fair meaning*, né la Section 5 del FTC Act, che amplia il perimetro applicativo dello Sherman Act²³², né altri approcci – neanche dopo il fondamentale caso Trinko del 2004 che ha visto la Corte interpretare la Section 2 sancendo l'*anticompetitive conduct* come un requisito richiesto per la violazione²³³ - sembrano essersi definitivamente aperti verso il campo della *no-fault monopolization*. In linea generale, accogliere la prospettiva *no-fault* significherebbe ammettere una volta per tutte che non sarebbe *improper* la condotta del monopolista che mantiene la sua posizione (e il suo potere) con *superior business skill*, cioè grazie a capacità e strumenti migliori, o meglio più innovativi, di tutti gli altri²³⁴.

Al disordine del clima americano d'oggi si accompagna l'arrivo di un nuovo populismo *hipster* (decisamente influenzato, peraltro, dai toni politici degli ultimi tempi). È opinione diffusa in dottrina, infatti, che la stessa storia degli Stati Uniti e la confusione di cui si è appena detto,

231 D

²³¹ R.H. LANDE, R.O. ZERBE, ult. cit., p. 13.

²³² La Section 5 del FTC Act proibisce non solo ogni violazione dello Sherman Act, ma anche «incipient violations of this law, conduct violating the spirit of the Sherman Act, and conduct violating recognized standards of business behavior».

²³³ Del caso *Trinko* e di come abbia "sdoganato" alcune difese accanite dei monopoli, vd. *supra* nt. 130.

²³⁴ R.H. LANDE, R.O. ZERBE, ult. cit., p. 36 ss. Gli AA. riflettono a lungo sugli effetti e sui benefici che potrebbero risultare dall'applicazione "organica" della prospettiva *no-fault*.

possano leggersi anche come un susseguirsi di opposti populismi antitrust²³⁵: allo spirito iniziale di lotta allo strapotere dei potenti si è contrapposto, a partire dagli anni sessanta e sulla spinta delle tesi liberiste (e pro-semplificazione) della scuola di Chicago, un populismo «diverso, sostanzialmente ostile all'eccesso di *enforcement* come manipolazione del libero dispiegarsi delle forze di mercato»²³⁶.

Nel tempo, dunque, il problema sembra essere diventato l'esorbitanza e la sclerotizzazione della regolazione antitrust, più che la tutela contro i giganti e la protezione dei deboli.

Tuttavia, la quarta rivoluzione industriale sembra far spazio ad un nuovo (e nostalgico) populismo che restituisce priorità alla battaglia contro gli strapoteri dei nuovi giganti, quelli digitali²³⁷. Lo confermerebbero, tra le altre cose, le dichiarazioni speculari sia del

https://ssrn.com/abstract=3328025.

rispettare le «scelte valoriali di fondo». Il contributo di D. Sokol è reperibile su:

²³⁵ In particolare, è questa l'impostazione del contributo di R. PARDOLESI, *Hipster antitrust e sconvolgimenti tettonici: back to the future*?, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1, 2019, p. 81-94. L'A. richiama, a testimonianza del disordine che caratterizzerebbe gli ultimi cinquant'anni dell'antitrust americano, la recente tesi di D. SOKOL, *Rethinking the Efficiency of Common Law*, in *Notre Dame Law Review*, 95, 2019, che prende atto dello scarso progresso del *common law* attribuibile alla troppa importanza data al processo di formazione «bottom-up», cioè alle contraddittorie pronunce dei giudici che, per inseguire il mito dell'efficienza, hanno trascurato le norme e i principi fondamentali. In altre parole, le profonde storture dell'antitrust americano si risolverebbero per l'A. con una «piattaforma modulare» che possa coniugare le spinte dal basso delle nuove pronunce dei giudici con i principi fissati dall'alto: insomma, per evitare la frammentazione si dovrebbero sempre

²³⁶ R. PARDOLESI, ult. cit., p. 84. Per l'A., insomma, l'anti-gigantismo degli albori è stato rimpiazzato nel tempo dall'anti-parossismo applicativo.

²³⁷ Anche di questo hanno discusso G. Muscolo e G. Pitruzzella durante la *Trento Summer School on Advanced Eu Competition Law & Economics*, che si è tenuta il 15-19 giugno di quest'anno.

Presidente D. Trump che di B. Sanders – entrambe "feroci" nei confronti dei monopoli delle GAFAM²³⁸ - e la recente richiesta congiunta di deputati democratici e repubblicani di indagare a fondo sulle criticità dello strapotere dei *tech giants*.

Non meno fermento si riscontra in parte della dottrina americana, che è arrivata ad inquadrare la condotta monopolistica di Facebook come anticompetitiva nella misura in cui ha degradato la qualità del servizio (soprattutto dal punto di vista della *privacy*, ma non solo, ed è questa la grande differenza con la "svolta" tedesca di cui si dirà tra poco) dopo essersi assicurata - ecco il *tipping* - un potere quasi assoluto sul mercato²³⁹. Tornano allora già utili le riflessioni sulla qualità come nuovo parametro di misura del perimetro rilevante trattate nel capitolo precedente.

Questo nuovo "vento", *hipster* poiché contemporaneo, sembra aver coinvolto il DoJ - il Dipartimento di Giustizia americano, che da

²³⁸ Sul punto, vd. R.H. LANDE, R.O. ZERBE, *The Sherman Act*, cit., p. 36 ss. Gli AA. riportano le numerose ed ostili prese di posizione della Casa Bianca soprattutto nei confronti di Amazon. Prese di posizione (spesso in forma *social*) alle quali, a dire il vero, non sempre sono seguiti provvedimenti e nuove misure. Ma che, anche alla luce delle importanti dichiarazioni (ugualmente aspre) di larga parte della base democratica, sono lo specchio di un sentire diffuso e trasversale.

²³⁹ È questa la tesi innovativa di D. SRINIVASAN, *The Antitrust Case Against Facebook: A Monopolists's Journey Towards Pervasive Surveillance in Spite of Consumers' Preference for Privacy*, in *Berkeley Bus. L. J.*, 39, 2019, p. 16, richiamata da R. PARDOLESI, *Hipster Antitrust*, cit., p. 89 ss., che ricorda anche la copertina eloquente dell'Economist, che nel 2018 ha assegnato ai giganti tech l'acronimo «*BAAD: too big, anti-competitive, addictive, destructive to democracy*». L'interessante intervento di D. Srinivasan è reperibile su: https://ssrn.com/abstract=3247362.

qualche mese ha avviato le indagini sugli abusi dei *tech giants*²⁴⁰ -, la Federal Trade Commission (FTC) – che si è mossa nello stesso senso del DoJ, come si vedrà adesso – e i singoli Stati americani: la procuratrice generale di New York, L. James, insieme ad altri otto procuratori di Stato, ha avviato un'investigazione sui danni ai consumatori e al processo concorrenziale dovuti all'operato, tra tutti, di Google e Facebook²⁴¹.

2. La condotta di Facebook e la (lunga) decisione della FTC, tra Sherman Act e privacy

_

Il documento è reperibile su https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-reviewing-practices-market-leading-online-platforms. La notizia, lanciata dal WSJ, è stata ripresa anche in Italia. Vd. https://www.italia-leading-com/articles/justice-department-to-open-broad-new-antitrust-review-of-big-tech-companies-11563914235?mod=mhp. Vd. anche https://www.ilsole24ore.com/art/wsj-dipartimento-giustizia-usa-prepara-indagine-antitrust-google--ACLIZFL.

Vd. https://www.wsj.com/articles/attorneys-general-to-move-forward-with-antitrust-probe-of-big-tech-11566247753.

In questo solco, e con questi indirizzi, vanno inserite le controverse decisioni della FTC nei confronti di Facebook²⁴². L'intricata vicenda ha avuto inizio nel 2011 con un'indagine della FTC nei confronti della piattaforma *social* per sospette pratiche sleali ed ingannevoli in relazione alla raccolta e all'uso dei dati degli utenti ed alla violazione della Section 5 (a) del FTC Act²⁴³.

In particolare, l'aspetto evidenziato durante le indagini è stato l'accesso ad enormi quantità di informazioni degli utenti concesso da Facebook a soggetti terzi. Nello specifico, Facebook condivideva con gli sviluppatori di *app* usate dagli utenti tramite il *social* un insieme molto ampio di dati dell'utente – anche di fronte ad espresso diniego di quest'ultimo – e della lista dei suoi amici virtuali.

Nonostante le tante criticità - soprattutto legate alla violazione della riservatezza ed alla scarsa sicurezza dei dati - emerse già in questa prima fase, la FTC ha scelto la via dell'accordo, imponendo a Facebook una lunga serie di obblighi nel 2012, come l'assoluta trasparenza informativa sul processo di raccolta e uso dei dati personali, la richiesta

²⁴³ Vd. *supra*, nt. 218.

²⁴² Per un puntuale inquadramento dell'intera vicenda FTC-Facebook, vd. A. GIANNACCARI, *Facebook, tra privacy e antitrust: una storia (non solamente) americana*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2, 2019, p. 273-290. Vd. anche la ricostruzione D. SRINIVASAN, *The Antitrust Case*, cit. p. 1-18.

all'utente di chiaro consenso al trattamento delle sue informazioni e l'adozione di una vera e propria *policy* interna.

L'accordo è stato sistematicamente violato negli anni a seguire: è sufficiente a tal proposito richiamare la modifica unilaterale delle condizioni di uso del servizio e il degrado di livello di tutela dei dati personali seguita alla già citata acquisizione di Whatsapp da parte di Facebook. Concentrazione che, occorre ricordarlo, ha realizzato una "sincronizzazione" dei contatti Facebook con la rubrica di Whatsapp ed una integrazione delle due piattaforme così da accedere ad un vero e proprio "eldorado" di informazioni utili e abbinate (ottenendo un risultato ineguagliabile: chi potrebbe infatti competere con il patrimonio informativo che deriva dal *matching* dei profili di Facebook e Whatsapp?).

Ancora più clamore, dovuto all'eco mediatica, ha suscitato due anni fa il noto caso di *Cambridge Analytica*²⁴⁴, scandalo dai connotati politici – e dunque non attinente alle tematiche antitrust – ma chiaro segnale dell'aumento del processo di accesso ai dati personali dell'utente e della

²⁴⁴ Il polverone sollevato da *Cambridge Analytica* nasce dalla scoperta dell'operato dell'omonimo ente di consulenza britannico che, ottenendo l'accesso ai dati personali degli account di Facebook (e della lista di amici di ogni utente) con lo schema appena menzionato, ha profilato le inclinazioni politiche di centinaia di migliaia di elettori, proprio in piena campagna elettorale americana. Per un rapido inquadramento dei tratti salienti della *querelle* vd. https://www.nytimes.com/2018/03/19/technology/facebook-cambridge-analytica-explained.html.

sua lista di amici garantito da Facebook ai terzi sviluppatori di *app* e servizi²⁴⁵.

Solo nel 2019 la FTC ha avviato nuove indagini sulla condotta di Facebook, accertando la sistematica violazione dell'accordo del 2012 e della Section 5 (a) del FTC Act. L'agenzia governativa americana ha dedicato rinnovata attenzione all'assoluta violazione della *privacy* e al persistente inganno informativo nei confronti dei consumatori. Si è mossa, pertanto, in due direzioni: da un lato ha rinnovato e rafforzato la via negoziale, imponendo a Facebook obblighi più stringenti in termini di tutela della *privacy*, di richiesta di consenso esplicito (e ben informato) per ogni operazione di trattamento dei dati e stabilendo un concreto controllo esterno sulle condotte poste in essere dall'impresa di Zuckerberg. Dall'altro ha - finalmente, si potrebbe dire - deciso di

²⁴⁵ Sul punto vd. A. GIANNACCARI, *Facebook, tra privacy e antitrust*, cit., p. 278-281. L'A. ricorda anche condotte "minori" di Facebook che testimoniano la sistematica violazione dell'accordo e delle norme sulla protezione dei dati personali: dal 2014, ad esempio, Facebook ha implementato servizi come il riconoscimento facciale (senza l'adeguata informazione, come sempre, ma anzi attivandolo di default), ma ha anche manipolato e personalizzato sempre più i contenuti della schermata di accesso per ogni utente. L'A. evidenzia peraltro un'ulteriore pratica scorretta da parte dell'impresa di M. Zuckerberg (una "condotta scorretta nella condotta scorretta"), che avrebbe applicato una discriminazione tra i terzi sviluppatori di *app*, garantendo l'accesso e la raccolta dei dati degli utenti (e della lista dei loro amici) solo «alle applicazioni che consentivano di capitalizzare maggiori introiti in termini di pubblicità», disabilitando «l'interazione con la piattaforma per le applicazioni che generavano un flusso reddituale trascurabile (o nullo)».

comminare una sanzione pari a 5 miliardi di dollari, giustificata proprio dalla puntuale inosservanza degli obblighi pattuiti²⁴⁶.

Nonostante la ritrosia della stessa FTC in merito all'integrazione delle tutele ed all'apertura verso il terreno della *privacy* – l'agenzia americana, nel già citato caso *Google/DoubleClick*, aveva avuto modo di rimarcare la distanza netta fra le regole dell'antitrust e quelle della *privacy* –, qualcosa si muove nella direzione di un'integrazione *efficiente*, di una tutela trasversale, di una riflessione (sulla qualità, e non solo) che abbia la protezione dei dati personali come valore aggiunto (anzi, essenziale per affrontare le dinamiche digitali), e non come ostacolo di una tutela antitrust "dura e pura".

hter statement on facebook 7-24-19.pdf.

²⁴⁶ Le argomentazioni dettagliate sulla decisione sono consultabili sul sito della FTC: https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/07/ftc-imposes-5-billion-penaltysweeping-new-privacy-restrictions. Ma vd. anche A. GIANNACCARI, ult. cit., p. 282 ss. L'A. peraltro mette in luce un aspetto molto interessante: la FTC ha deliberato il raggiungimento del nuovo accordo con Facebook con una maggioranza risicata: 3 a 2. I due dissenting statements - dei commissari R. Chopra e K. Slaughter - hanno richiamato le funzioni primarie e originarie della FTC, cioè la tutela della concorrenza e dei consumatori e la più generale lotta allo strapotere dei giganti di cui si è detto nelle pagine precedenti. Funzioni che, a detta dei commissari, andrebbero ben oltre l'aspetto della tutela dei dati personali ed il perimetro della privacy. Perimetro che, inoltre, non permetterebbe davvero di "danneggiare" Zuckerberg, andando a colpire tra le altre cose "solo" il 10% del fatturato annuo. Sorge però un dubbio: forse che lo strumento della privacy risulta poco efficace perché troppo poco si è ragionato sul suo valore e sulla possibilità di integrare la tutela della concorrenza con la protezione dei dati personali? In altre parole: non andrebbe semplicemente esplorato il nuovo sentiero trasversale, con pazienza e anche con incidenti di percorso e di... "misurazione"? Gli statements critici sono consultabili su: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public statements/1536911/chopra dissentin g statement on facebook 7-24-19.pdf., https://www.ftc.gov/system/files/documents/public statements/1536918/182 3109 slaug

3. La lezione del Bundeskartellamt e il caso Facebook:

l'integrazione efficiente della tutela della concorrenza e della protezione dei dati personali

E qualcosa sembra muoversi nello stesso senso, e con altrettanto fermento, anche nel Vecchio Continente. Anche qui, nonostante la refrattarietà della Commissione Europea – che nel sopracitato caso *Facebook/Whatsapp* ha ribadito l'estraneità della *data protection* dallo scopo del diritto della concorrenza europea – ci sono nuovi orizzonti, che pongono al centro della propria analisi le medesime condotte esaminate dalla FTC: quelle scorrette di Facebook.

In Germania, infatti, il Bundeskartellamt sembra aver "rivitalizzato" il ruolo dell'abuso di posizione dominante (e, a cascata, forse "spolverato" il 102 TFUE), legandolo alla condotta di sfruttamento abusivo dei dati personali – e dunque chiamando in causa la normativa del GDPR – messo in atto da Facebook. In altre parole, «l'Autorità di concorrenza tedesca ha per la prima volta qualificato come abuso di posizione dominante una condotta di abuso di sfruttamento dei dati

personali»²⁴⁷; il Bundeskartellamt ha, soprattutto, insistito sull'ingannevolezza e la scarsa trasparenza delle informazioni fornite agli utenti sulla raccolta e l'aggregazione dei dati personali (di varia provenienza, anche esterna) operata da Facebook, e sull'utilizzo che ne viene fatto; in più, ha evidenziato la sproporzione della mole dei dati raccolti rispetto all'interesse degli utenti, che è quello di fruizione del semplice servizio di *socialization*²⁴⁸.

Occorre però ricostruire nel dettaglio alcuni aspetti di questo quadro particolarmente complesso: la vicenda, che proprio in queste settimane sembra conoscere il suo epilogo, è infatti non poco complicata.

L'Autorità tedesca ha concluso nel febbraio 2019 l'istruttoria avviata tre anni prima²⁴⁹, proibendo a Facebook Inc., Facebook Ireland Ltd. e Facebook Germany GmbH di «subordinare l'utilizzazione del servizio – da parte degli utenti privati, residenti in Germania, che utilizzano altresì Whatsapp, Oculus, Masquerade ed Instagram (tutti servizi ovviamente controllati dal gruppo di Menlo Park), nonché una serie di siti terzi o applicazioni mobili non correlati – alla condizione di potersi valere dei dati risalenti all'utente, combinandoli con quelli raccolti in

²⁴⁷ F. VESSIA, *Big data e profili* (cit. da dattiloscritto).

²⁴⁸ Sul punto, vd. F. VESSIA, ult. cit.

²⁴⁹ La lunga decisione (più di 300 pagine) del Bundeskartellamt è reperibile su: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf? blob=publicationFile&v=4.

seno alla piattaforma di base. Ciò, a meno di un consenso espresso all'impiego di dati relativi ad un uso esterno a Facebook: consenso puntuale, cioè, non generico quale quello fino ad allora richiesto (e ottenuto)»²⁵⁰.

In questo quadro vanno inserite una serie di riflessioni importanti e strutturali. Prima di tutto, per il Bundeskartellamt, Facebook acquisisce dati non solo "all'interno" della propria piattaforma, ma anche tramite interazioni e scambi con siti e *app* di terzi (con lo schema già analizzato) e, soprattutto, grazie al sistema di *Facebook Analytics*, che è l'abbinamento, appunto, dei propri dati con quelli raccolti su piattaforme "affiliate" e "dipendenti" di cui "abusa" (tra tutte, Whatsapp)²⁵¹.

Uno degli aspetti di maggiore novità della pronuncia risiede poi nella definizione del mercato rilevante, "ricamato" su misura per l'impresa di M. Zuckerberg. L'Autorità tedesca, infatti, ha ritenuto che Facebook possieda l'accesso giornaliero del 95% degli utenti virtuali - e dunque un vero strapotere – nel particolare perimetro in cui si muove. Perimetro

²⁵⁰ C. OSTI, R. PARDOLESI, L'antitrust ai tempi di Facebook, in Mercato Concorrenza Regole, 2/2019, p. 196.

²⁵¹ In particolare, a Facebook per acquisire i dati dai terzi spesso basta un semplice *like* premuto da parte degli utenti – o è sufficiente che questi accedano ad un certo servizio, ad esempio un *quiz*, con le credenziali del loro account di Facebook -, essendo questi operatori il più delle volte legati alla piattaforma di Zuckerberg con un sistema di *plug-in*. In alcuni casi, secondo l'Autorità, Facebook acquisirebbe i dati degli utenti anche solo quando questi semplicemente visitino altri siti.

che è sì quello dei servizi *social*, ma che non comprende quelli famosi e diffusi come Twitter ed Instagram. Questi ultimi, secondo il Bundeskartellamt, offrirebbero solo singoli servizi complementari (ad esempio, Whatsapp offrirebbe la *chat* come Messenger, Twitter la possibilità di esprimere opinioni come l'opzione *post* sulla *home* di Facebook, Instagram la possibilità di caricare e condividere foto, LinkedIn quella di possedere una bacheca con proprie informazioni, anche di lavoro) rispetto alla ben più ampia gamma di funzioni garantite da Facebook. Il *social* di Menlo Park avrebbe allora come veri rivali unicamente piattaforme decisamente minori, la cui offerta (se non l'esistenza) è ignorata, si è detto, da più del 95% degli utenti²⁵².

Un elemento da non trascurare è che l'Autorità ha operato questa singolare definizione del mercato rilevante dando importanza a tutte le caratteristiche dei mercati digitali di cui si è discusso nel primo capitolo: l'analisi, infatti, ha tenuto conto della presunta gratuità del servizio offerto, della presenza di piattaforme *multi-sided* caratterizzate da effetti di rete diretti ed indiretti, e della possibilità che da ciò si creino economie di scala e barriere alimentate dalla raccolta di dati²⁵³. Con

²⁵² Su questo aspetto, e su come solamente gli operatori StudiVZ e Jappy possano essere secondo il Bundeskartellamt i rivali di Facebook – in quanto sarebbero gli unici ad offrire tutti i servizi che garantisce anche Facebook – vd. C. OSTI, R. PARDOLESI, ult. cit., p. 199-200

²⁵³ Questa impostazione, a tratti, richiama il tentativo di aggiornamento degli indici di dominanza proposto da E. STUCKE, vd. *supra*, nt. 154.

queste premesse Facebook eserciterebbe la sua posizione dominante, accumulando sempre più dati e rendendo sempre più difficile, per i consumatori, uno *switch* verso altri *networks* senza che ne risentano in termini di *effort* o comunque di livello di soddisfazione, profilando un *database* per ciascun account e diventando così indispensabile per ogni utente²⁵⁴.

L'operazione di individuazione del mercato rilevante, come segnalato da più voci in dottrina, è risultata particolarmente agevole per il Bundeskartellamt, che si è servito della portata innovativa dell'art. 18 (2a e 3a)²⁵⁵ della legge tedesca sulla concorrenza (GWB)²⁵⁶. Così come della legge – e della giurisprudenza – nazionale, molto più che della disciplina comunitaria, l'Autorità si è servita per determinare nel dettaglio la condotta abusiva di Facebook.

Prima di passare al tema dell'abuso, occorre però sottolineare come l'approccio "sciovinista" del Bundeskartellamt si riscontri anche nella

²⁵⁴ Sul punto vd. G. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *Antitrust über alles, Whither competition law after Facebook?*, in *World Competition Law and Economics Review*, 42, 2019, p. 2. Il contributo è consultabile su: https://ssrn.com/abstract=3362428.

²⁵⁵ In particolare, del punto 3a dell'art. 18 GWB l'Autorità tedesca si è servita per definire gli aspetti cruciali del mercato multiversante e della presenza del gruppo dei consumatori, ai quali è corrisposto un servizio *no-price* dalla piattaforma che, simultaneamente, interagisce con numerose richieste dall'altro versante, che crescono con l'aumento degli utenti privati. Il testo dell'art. 18 GWB è reperibile su: https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/ 18.html.

Un inquadramento preciso su come il Bundeskartellamt abbia usato la legge nazionale per l'individuazione del mercato – e su come grazie al carattere "avanguardistico" del GWB sia riuscito a mettere in luce i nodi cruciali dell'azione (e del contesto) di Facebook – è offerto da S. GOBBATO, *Big data e "tutele convergenti"*, cit., p. 155.

delimitazione geografica del mercato, circoscritto alla sola Germania²⁵⁷ (una interpretazione, questa, che striderebbe con la teoria *across markets* e, più in generale, risulterebbe poco compatibile con un approccio europeo e condiviso).

Proprio in virtù dell'adesione massiccia al servizio *social* da parte della stragrande maggioranza della popolazione tedesca, l'Autorità si è spinta a definire Facebook un «servizio essenziale»²⁵⁸. In altre parole, qualcosa di cui (quasi) nessuno, oggi, potrebbe fare a meno.

Già da questi primi orientamenti appare chiaro come l'Autorità tedesca abbia deciso di intraprendere una propria indagine, con propri strumenti.

Venendo nello specifico all'abuso, dunque, il Bundeskartellamt ha prima di tutto richiamato l'art. 19 GWB²⁵⁹, che al secondo comma sanziona «l'abuso consistente nell'imposizione, da parte dell'impresa in posizione egemone, di un corrispettivo o altre condizioni negoziali che si differenziano da quelli che con grande verosimiglianza prevarrebbero in una situazione di concorrenza effettiva»²⁶⁰. Di certo il

²⁵⁷ Una chiara testimonianza di ciò arriverebbe proprio dalla dimensione nazionale del sito di Facebook che, in Germania, è www.facebook.de ed è usato in lingua tedesca dalla stragrande maggioranza degli utenti.

²⁵⁸ E, di contro, possedere i dati personali raccolti diventa un «essential factor» per competere con Facebook.

²⁵⁹ Il testo integrale dell'art. 19 è consultabile su: https://dejure.org/gesetze/GWB/19.html. ²⁶⁰ C. OSTI, R. PARDOLESI, *L'antitrust ai tempi di Facebook*, cit., p. 201.

contenuto dell'art. 19 GWB ricalca in gran parte la statuizione del 102 TFUE lett. a) sull'imposizione di prezzi iniqui²⁶¹.

Tuttavia la disciplina nazionale e quella comunitaria non appaiono esattamente sovrapponibili. L'art. 19 della legge nazionale, infatti, ha costituito il fondamento del precedente giurisprudenziale *Pechstein*²⁶². In quella occasione la Corte di Giustizia Federale tedesca ha affermato che nel campo applicativo dell'art. 19 rientra anche la «violazione, ad opera della controparte contrattuale dotata di forza preponderante, dei diritti costituzionali delle parti»²⁶³. Si determinerebbe dunque un abuso (anche) anticompetitivo poiché legato alla lesione di diritti fondamentali costituzionalmente protetti.

Da queste premesse si è mossa l'Autorità tedesca nel caso di Facebook, con l'intento di proteggere il diritto costituzionale di ogni individuo alla *informational self-determination*. Nello specifico, Facebook avrebbe raccolto, aggregato e combinato una esorbitante quantità di dati, combinando i propri (il c.d. *Facebook package*, cioè tutte le informazioni ricavabili dagli *account* iscritti al *social*) con quelli dei servizi di siti terzi tramite il già menzionato sistema *Facebook*

²⁶¹ Sul punto, vd. M. MAGGIOLINO, *I Big data e il diritto antitrust*, cit., p. 200 ss.

²⁶³ C. OSTI, R. PARDOLESI, ult. cit., p. 202.

²⁶² Il riferimento è alla decisione della Corte Federale (BGH), "*Pechstein v. International Skating Union*", 2016. Gli aspetti cruciali del caso sono ben esposti su: https://www.quimbee.com/cases/pechstein-v-international-skating-union.

Analytics. Il tutto avrebbe luogo senza un reale, o meglio volontario, consenso da parte degli utenti. Questi, infatti, sarebbero inconsapevoli dell'intero processo di *data combination*: in particolare, secondo l'Autorità, la maggior parte degli utenti non sospetterebbe neanche dell'esistenza di questo processo²⁶⁴.

Le cose non cambierebbero, peraltro, se l'utente decidesse di (provare a) leggere le condizioni d'uso su Facebook, presentate in modo estremamente complesso dalla piattaforma che – aspetto più importante – richiederebbe l'autorizzazione al trattamento dei dati con un *tick on the box*, una semplice casella da spuntare²⁶⁵. Già per queste ragioni, dunque, il consenso appare viziato e non pienamente informato. È qui che viene in rilievo la previsione dell'art. 6 RGDP, che vieta il trattamento dei dati personali, a meno che non ci sia espresso consenso dell'interessato o autorizzazione di legge per casi specifici²⁶⁶. In particolare, il RGDP richiede che il consenso sia informato, esplicito e

²⁶⁴ Per una ricostruzione puntuale (con molti spunti di riflessione) dell'analisi del Bundeskartellamt, vd. G. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *Data Accumulation and the Privacy-Antitrust Interface: Insights from the Facebook case*, in *International Data Privacy Law*, 8, 2018, p. 228 ss. Il contributo, sotto la forma di *working paper*, è disponibile su: https://ssrn.com/abstract=3125490.

Per un approfondimento dettagliato del tema, vd. G. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *Antitrust über alles*, cit., p. 6, 9. Gli AA. richiamano anche l'intervento del Presidente del Bundeskartellamt Andreas Mundt, che, in riferimento al *tick on the box*, ha affermato che «the only choice the user has is either to accept the comprehensive combination of data or to refrain from using the social network. In such a difficult situation the users's choice (to tick a box) cannot be referred to as voluntary consent».

²⁶⁶ L'art. 6 RGDP in forma integrale è consultabile su: https://gdpr-info.eu/art-6-gdpr/.

libero durante tutto il trattamento (e per ogni finalità), frutto di una scelta genuina. Tali garanzie verrebbero meno con Facebook, che anzi violerebbe il diritto costituzionale alla autodeterminazione – ed ecco l'art. 19 GWB – attuando le condotte sopracitate e, soprattutto, in virtù dell'imposizione del modello di adesione *take it or leave it*²⁶⁷. In altre parole, la piattaforma di Zuckerberg obbligherebbe gli utenti a scegliere tra due opzioni: poter fruire del servizio *social*, ma alla condizione di sottostare ai termini stabiliti dalla piattaforma, o rinunciarvi del tutto. *Tertium non datur*.

Proprio in questo si manifesterebbe la condotta abusiva di Facebook, nella capacità (e nel potere) di imporre, forte dell'asimmetria informativa, le condizioni contrattuali, al punto da cancellare l'autonomia della controparte²⁶⁸. Il consenso fornito, allora, sarebbe *forced* e l'adesione diventerebbe quasi una coercizione cui è difficile sottrarsi, a causa dell'essenzialità del servizio di cui si è detto: come potrebbe un utente rinunciare "a cuor leggero" ad un servizio a cui

²⁶⁷ Sulla novità del modello *take it or leave it* come "cifra" delle piattaforme digitali, vd. I. GRAEF, *Market definition*, cit., p. 490. In particolare, l'A. sottolinea come una delle più grandi differenze rispetto al *modus operandi* degli operatori tradizionali sarebbe proprio la capacità delle piattaforme digitali di stabilire esattamente cosa proporre agli utenti, mettendoli di fronte ad un bivio: aderire alla proposta formulata a tavolino, o non ricevere il servizio. Vd. anche l'indagine sui monopoli pubblicata sul sito del Dipartimento di Giustizia americano, che dedica non poca attenzione al sistema del *take it or leave it*: https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2008/09/12/236681_chapter1.pdf.

²⁶⁸ Su come sia compromessa l'autonomia contrattuale di ogni utente, vd. G. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *Antitrust über alles*, cit., p. 11.

nessun amico (o, secondo l'Autorità, quasi nessun abitante della Germania) intende rinunciare? In altre parole, c'è il rischio concreto che il consenso venga depotenziato al punto da diventare un mero prerequisito per accedere alla piattaforma.

Da qui la decisione del Bundeskartellamt, che ha fatto riferimento al nesso di «causalità normativa»: l'abuso – da sfruttamento - si configurerebbe per la semplice esistenza della condotta messa in atto da Facebook e per la mole di dati aggregati. L'Autorità tedesca, tuttavia, ha anche sottolineato la sussistenza di un «abuso da esclusione», identificabile – con la medesima semplicità – negli effetti immediati che derivano dalla raccolta "selvaggia" di dati, che comporta l'accrescimento del potere di mercato e, soprattutto, delle barriere all'ingresso²⁶⁹ (chi sarebbe, in concreto, in grado di poter eguagliare questa data combination?). Per queste ragioni il Bundeskartellamt ha stabilito che, senza il volontario consenso degli utenti alla combinazione dei dati, Facebook non potesse incrociare i propri dati con quelli raccolti dai servizi di siti terzi. Anche nel contenuto essenziale della decisione, insomma, centralità assoluta è tributata all'elemento del consenso informato (qui conviene richiamare le

²⁶⁹ Sulle tesi del Bundeskartellamt e sul collegamento fra abuso di sfruttamento e di esclusione, vd. C. OSTI, R. PARDOLESI, *L'antitrust ai tempi di Facebook*, p. 203, 205.

riflessioni del primo capitolo sulla consapevolezza dell'utente) di ogni individuo. In altre parole, l'argine alla condotta anticompetitiva si troverebbe all'interno dell'art. 6 RGDP²⁷⁰. E i criteri proposti dal Bundeskartellamt – più tutele e opzioni di controllo dei dati per gli utenti, anonimizzazione delle informazioni - per migliorare la *policy* di Facebook sembrano confermarlo.

Nonostante le numerose critiche²⁷¹ mosse in sede di riesame dalla Corte di appello di Düsseldorf (OLG)²⁷² – che nella sospensiva dell'agosto 2019 ha messo in luce le crepe e le lacune della decisione del Bundeskartellamt che, in trecento pagine di dispositivo, non avrebbe realmente provato la restrizione della concorrenza né la sussistenza del nesso di causalità tra l'esistenza della posizione dominante e l'abuso, rimarcando anche che, in linea teorica, l'utente fornisce sempre il suo

_

²⁷⁰ Tuttavia, come sottolineato da M. MAGGIOLINO, *I Big data e il diritto antitrust*, p. 203, l'assenza di trasparenza e delle condizioni d'uso e la scarsa intellegibilità di questi, e più in generale «l'evidente opacità delle modalità di raccolta dei dati», verrebbero comunque analizzate alla luce degli effetti prettamente anticoncorrenziali, e cioè della circostanza per cui l'accumulazione dei dati così realizzata «rende le posizioni di mercato sempre meno contendibili».

²⁷¹ Naturalmente, anche la piattaforma di M. Zuckerberg ha tentato di giustificare la sua condotta, insistendo soprattutto sul fatto di non essere affatto sola ed egemone sul mercato, ma anzi di essere «accerchiata» da tutti gli operatori che l'Autorità tedesca ha invece ritenuto di escludere dall'individuazione del perimetro rilevante. Facebook ha, poi, soprattutto contestato la competenza dell'Autorità tedesca, sostenendo che questa spetti all'*Irish Data Protection Commission* (essendo in Irlanda la sede legale del gruppo di Menlo Park).

Le argomentazioni della OLG sono reperibili su: https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20D%FCsseldorf&Datum=26.08.2019&Aktenzeichen=Kart%201/19.

consenso²⁷³ - in tempi molto recenti sembra essere arrivato il punto di svolta.

La Corte di Giustizia Federale (BGH), che ha ricevuto l'impugnazione (da parte del Bundeskartellamt) della sospensiva accordata da Düsseldorf, avrebbe infatti confermato con convinzione l'orientamento iniziale dell'Autorità della concorrenza tedesca, smentendo l'OLG²⁷⁴. Nello specifico, la Corte Federale, riprendendo le tesi del Bundeskartellamt²⁷⁵, ha ribadito nel suo *press release* la natura *exploitative* dell'abuso di Facebook (non chiudendo tuttavia la porta, come già fatto dall'Autorità tedesca, alla possibilità di configurare

quanto la possibilità di fruire del servizio – ciò che accade con la raccolta dei suoi dati? Anche qui, la riflessione degli AA. risulta decisamente esaustiva. È il caso di ricordare, allora, i risultati della *survey* dell'AGCM: quasi nessun intervistato avrebbe barattato la gratuità del servizio *social* con un servizio che, anche a costi bassissimi, avrebbe

²⁷³ Per un'analisi dettagliata della critica della Corte di Düsseldorf (OLG), vd. C. OSTI, R. PARDOLESI, *L'antitrust ai tempi di Facebook*, cit., p. 204-207. In particolare, la Corte ha sottolineato che il Bundeskartellamt non terrebbe conto della gamma di servizi offerta da Facebook e di quanto – al di là del livello di consapevolezza del consenso – questi siano richiesti e graditi dagli utenti. In merito, poi, alla mancanza del nesso di causalità, l'OLG ha ribadito che la condotta in esame sarebbe replicabile da qualunque operatore, e che di certo non sarebbe stata "spia" di una posizione dominante. A proposito della condotta di abuso di sfruttamento, gli AA. riportano peraltro l'esempio di Google+, costretta a ritirarsi poiché "schiacciata" da Facebook pur disponendo, a monte, di molti più dati e informazioni della piattaforma di M. Zuckerberg. Infine, sull'elemento della consapevolezza degli utenti, l'OLG ha provato a "ribaltare" la prospettiva, soffermandosi su alcuni interrogativi analizzati nel primo capitolo: forse che, più semplicemente, il consenso non è adeguatamente informato poiché l'utente medio non ritiene importante – o comunque non

maggiormente tutelato la sua *privacy*.

274 Così il comunicato, annunciato con un *tweet*, come da tradizione, del 23/06/2020: https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020080.ht ml

²⁷⁵ Non sarebbe forse sbagliato sostenere che le tesi del Bundeskartellamt sono riprese dalla BGH a tal punto che la Corte Federale, in apertura del comunicato, afferma senza fronzoli che «non ci sono dubbi né sulla posizione dominante di Facebook né sul fatto che ci sia un abuso della stessa».

anche un *exclusionary abuse* e di fatto aprendo ad un ibrido i cui contorni, certamente, si conosceranno in modo più definito nei prossimi tempi), ed ha temporaneamente proibito alla piattaforma social il processo di *data combination*.

Per la BGH (che si è ricollegata puntualmente alla sproporzionata raccolta di dati di Facebook ed alla combinazione di questi con quelli di terzi) «the lack of choice for Facebook users not only affects their personal autonomy and the protection of their right to informational self-determination, which is also protected by the GDPR. Against the background of the high hurdles to change that exist fot the users of the newtwork ("lock-in effects"), it also represents an exploitation of the users that is relevant under antitrust law, because competition is no longer effective due to Facebook's dominant position»²⁷⁶. Nel ribadire l'aggancio fra tutela della privacy e della concorrenza, la BGH ha sottolineato l'importanza di ragionare anche sul peggioramento del livello del servizio offerto, come uno degli effetti diretti – verso cui gli utenti nulla potrebbero - della scarsa tutela dei dati personali. Una

²⁷⁶ La traduzione dei punti essenziali del *press release* è disponibile su: https://techcrunch.com/2020/06/23/antitrust-case-against-facebooks-super-profiling-back-on-track-after-german-federal-court-

<u>ruling/?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAAKD0kNxzO0Zdz1PnOcksUUs0z6P6z2hNMTEpy6eUhwuPAxydug_LRV4v3QtxhCoAzl80icEElP0eVu-</u>

 $[\]frac{4LPAtsf3K9lHcJrAxyjBqV_5eAhfeYPOCskrgztL0oLIyt_C7WitoDeahxqaKK55aFVJ5v}{yFsu5rBRfkLiqkMKt1q7NYOn}.$

decisione, quella di confermare l'exploitation of users through data aggregation, che ha incontrato l'immediato apprezzamento del Presidente del Bundeskartellamt²⁷⁷.

4. Le novità del German approach e l'art. 102 TFUE

Il *German approach* rappresenta indubbiamente una cesura rispetto al passato e, in molti casi, anche rispetto al presente dell'Europa. L'approccio del Bundeskartellamt, la "trasformazione" in un *«self-appointed enforcer of data protection rules*», ben oltre le competenze tradizionali, è una piccola "rivoluzione". Che certo, come accennato, ha i suoi limiti e porta con sé non poche perplessità. *In primis* sembra aver sì recepito i moniti e le nuove linee programmatiche, di lotta al

²⁷⁷ Il Presidente Andreas Mundt si è così espresso nel suo comunicato: «I am pleased about the decision by the Federal Court of Justice. Data are an essential factor for economic strenght and a decisive criterion in assessing online market power. The court's decision provides important information on how we should deal whith the issue of data and competition in the future. Whenever data are collected and used in an unlawful way, it must be possible to intervene under antitrust law to avoid an abuse of market power». R. PODSZUN, già autore di un importante contributo innovativo come *The More Technological Approach: Competition Law in Digital Economy, Competition on the Internet, MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law,* 23, 2015, ha definito la decisione della Corte Federale uno «spectacular success» ed un «important signal for the competition on the internet». Le dichiarazioni sono riportate su: https://www.ft.com/content/a169921d-4744-4c16-8ae8-028d52bb655c.

gigantismo digitale, tracciate da M. Vestager²⁷⁸; ma alle nuove esigenze ha risposto con una chiusura nazionale, solitaria, scegliendo i "confini" della Germania persino per recintare il mercato rilevante di Facebook che, invece, per sua stessa natura, connette simultaneamente utenti di tutto il mondo (aumentando altri tipi di "barriere", non geografiche). Con la stessa "leggerezza" con cui ha stabilito la sussistenza della restrizione della concorrenza a causa della data combination (e con la stessa imprecisione con cui ha determinato la configurabilità dell'abuso di esclusione, oltre che di sfruttamento), l'Autorità tedesca ha affermato che, in linea «generale», avrebbe potuto procedere contro Facebook anche seguendo la previsione del 102 a) TFUE. Tuttavia, ha preferito la legge nazionale per proteggere i diritti costituzionali tramite il diritto alla concorrenza. Questa scelta, sicuramente "comoda" ed efficace, è però anche un'occasione persa: il Bundeskartellamt avrebbe potuto

²⁷⁸ In una recente intervista, il Commissario Europeo – che ha anche annunciato l'avvio di nuove indagini sui tech giants - ha ribadito l'importanza di proteggere i consumatori e, soprattutto, il trattamento dei loro dati. Senza mezzi termini, poi, ha ipotizzato di poter ricorrere allo strumento del breakup per combattere lo strapotere delle imprese digitali (soprattutto di Google). Toni, e contenuti, molto simili a quelli "energici" e più "politici" della Casa Bianca, e che di certo sembrano aver letto e compreso il clima hipster di cui si è detto in precedenza. Vestager, nel definire l'ecosistema digitale come un «centro commerciale gigantesco» che darebbe agli individui solo l'illusione di essere liberi di scegliere, ha affermato che «gli utenti non sarebbero realmente consapevoli di pagare continuamente con propri dati». L'intervista disponibile https://www.abc.es/economia/abci-gente-no-fija-paga-continuamente-propios-datos-201912150135 noticia.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com.

indagare sulle condotte della piattaforma di Menlo Park attraverso la disciplina comunitaria.

Come suggerito da parte della dottrina, l'Autorità tedesca avrebbe potuto dedicare spazio ad una riflessione sull'abuso di sfruttamento come degradazione della qualità del servizio, che sarebbe una «faccia speculare dell'aumento del prezzo: restando quest'ultimo invariato, si modifica la qualità, col risultato di tradire le aspettative di controparte»²⁷⁹. In altre parole, verificatosi il *tipping*, Facebook avrebbe degradato le condizioni di protezione dei dati personali, dando luogo ad un "classico" abuso da sfruttamento: un'imposizione di termini negoziali iniqui, pur in un contesto di *zero-price*.

Allo stesso modo, il Bundeskartellamt avrebbe potuto richiamare il principio di *unfairness* - concetto poco caro alla giurisprudenza europea - che rientra nel campo applicativo della lett. a) 102 TFUE e che «captures clauses which are unjustifiably unrelated to the purpose of the contract, unnecessarily limit the freedom of the parties, are disproportionate, unilaterally imposed or seriously opaque»²⁸⁰. C'è di più: parte della dottrina non solo rimarca la assoluta compatibilità della

²⁷⁹ C. OSTI E R. PARDOLESI, *L'antitrust ai tempi di Facebook*, cit., p. 215.

²⁸⁰ Di questo avviso G. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *Antitrust über alles*, cit., p. 15. Per gli AA. sarebbero proprio questi gli "attributi" della condotta anticompetitiva di Facebook. E sarebbe dunque miope non percorrere questo "sentiero". Così facendo, peraltro, si scongiurerebbe il rischio che l'Autorità della concorrenza invada "sfere" lontane dalla sua competenza, trasformandosi in una sorta di Leviatano.

previsione tedesca con la disciplina comunitaria, ma anzi ravvisa nella coraggiosa azione del Bundeskartellamt l'occasione per una vera e propria «rinascita» del 102 TFUE così da colmare, finalmente, le preoccupanti lacune ed affrontare con i giusti strumenti - e con una tutela integrata ed efficiente - le «super dominant online platforms»²⁸¹. E questa appare la via più giusta. La portata innovativa dell'orientamento dell'Autorità tedesca, la consapevolezza della necessità di superare gli "steccati" tradizionali perché sono le esigenze ed i problemi a non essere più tradizionali, è già un piccolo insegnamento da raccogliere. È già l'inizio di un sentiero da percorrere.

5. Facebook e l'Italia. La tutela del consumatore a servizio dell'antitrust

È questo l'auspicio di M. BOTTA, K. WIEDEMANN, EU Competition Law Enforcement Vis-à-Vis Exploitative Conducts in the data Economy Exploring the Terra incognita, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper, 18, 2018. Gli AA. si concentrano sulla possibilità che le Autorità di concorrenza impongano alle piattaforme dei behavioural commitments, e rintracciano nella normativa del RGDP uno strumento che aiuterebbe le Autorità nazionali e la Commissione europea a «fill the gaps in the current regulatory system via behavioural commitments». Il paper è disponibile su: https://ssrn.com/abstract=3184119. Nel senso di un'integrazione con le tutele del RGDP, vd. anche AGCM, AGCOM, GARANTE, Indagine conoscitiva, cit., p. 54, che propongono di "valorizzare" anche l'art. 71 RGDP, che ha introdotto il principio di qualità nelle tecniche di Big data analytics.

Se le istituzioni europee arrancano, la nostra Autorità nazionale della concorrenza (AGCM) – che, occorre sottolinearlo subito, annovera fra le sue competenze anche la tutela del consumatore – ha dimostrato di cogliere lo "spirito del tempo". Anche l'Italia, infatti, non è rimasta indifferente di fronte all'operato di Facebook.

Già nel 2017 l'AGCM ha sanzionato Whatsapp, per tre milioni di euro, per pratiche commerciali scorrette²⁸² (ex artt. 20 c2, 24, 25 del Codice del consumo²⁸³): la piattaforma di messaggistica avrebbe infatti spinto ogni utente ad aggiornare la versione di Whatsapp Messenger e ad accettare tutte le clausole in essa contenute, compresa l'opzione predefinita di autorizzazione alla condivisione dei propri dati personali con Facebook, con finalità di profilazione commerciale. Operazione di "convincimento" degli utenti risultata particolarmente semplice a dall'AGCM, Whatsapp che. come accertato ha minacciato l'interruzione del servizio nel caso in cui gli utenti non avessero

²⁸² Il testo del primo provvedimento dell'AGCM, n. 26597, è consultabile su: http://www.agcm.it/dotcmsCustom/tc/2022/5/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:80 80/C12560D000291394/0/A94F4894B38FA7D7C12581220024AE63/\$File/p26597.pdf.

²⁸³ Il testo integrale dell'art. 20 (divieto di pratiche commerciali scorrette), art. 24 (pratiche commerciali aggressive), art. 25 (ricorso a molestie, coercizione o indebito condizionamento) Codice del cons. è disponibile su: http://www.codicedelconsumo.it/parte-ii-artt-4-32/.

accettato la clausola di condivisione dei dati²⁸⁴. Un *aut aut* decisamente simile a quello imposto da Facebook nel sopracitato caso tedesco.

Un ulteriore e forte segnale è giunto nel novembre 2018, con la sanzione – per una cifra pari a 10 milioni di euro – irrogata dall'AGCM nei confronti di Facebook Ireland Ltd. e Facebook Inc., anche in questo caso per pratiche commerciali scorrette²⁸⁵.

Nello specifico, sono due le condotte sleali messe in luce dall'Autorità italiana. Facebook avrebbe violato il Codice del consumo – artt. 21 e 22^{286} - per aver ingannato gli utenti, in sede di registrazione al *social network*, sull'attività di raccolta (e successivo utilizzo) dei dati personali a fini commerciali e, più in generale, sulle finalità "economiche", remunerative del servizio. La piattaforma di Zuckerberg, peraltro, non solo non avrebbe fornito un'informativa

²⁸⁴ Sul punto, vd. S. GOBBATO, *Big data e "tutele convergenti"*, cit., p. 156. L'A. sottolinea che l'AGCM – oltre a ribadire, in risposta alle stesse eccezioni di competenza che Facebook aveva già sollevato al Bundeskartellamt, che «la circostanza che alla condotta della Parte sia applicabile il Codice della privacy, non lo esonera dal rispettare le norme in materia di pratiche commerciali scorrette» - ha accertato, con un secondo provvedimento, la vessatorietà (ex artt. 33, 35 Codice del cons.) di alcune clausole proposte (o imposte) agli utenti nell'aggiornamento. In particolare, queste clausole avrebbero esonerato Whatsapp da molte responsabilità e dato il potere alla piattaforma di interrompere o mutare il servizio senza obbligo di motivazioni. Il secondo provvedimento dell'AGCM è consultabile su: http://www.agcm.it/dotcmsCustom/tc/2022/5/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12560D000291394/0/1F8AED4BECD2BD6DC12581220024AE61/\$File/p26596.pdf

Il testo del provvedimento dell'AGCM n.27432/2018 è consultabile su: http://www.agcm.it/dotcmsCustom/tc/2023/12/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8 https://www.agcm.it/dotcmsCustom/tc/2023/12/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8 <a href="https://www.agcm.it/gotch.new.agcm.it/gotch.

adeguata ai consumatori, ma anzi avrebbe "sbandierato" la (falsa) gratuità del servizio, posizionando il *claim* «è gratis e lo sarà per sempre» sulla propria schermata di accesso. Alle obiezioni di Facebook – che ha tentato di provare la «effettiva gratuità» del servizio offerto – l'Autorità ha replicato sostenendo che il rapporto «tra utente e piattaforma è un rapporto di consumo» e che la cessione dei dati è una «controprestazione non monetaria» ²⁸⁷.

La seconda e simultanea violazione – degli artt. 24, 25 Codice del cons. 288 – consisterebbe nella cessione e nello scambio, con siti ed operatori terzi, dei dati raccolti da Facebook, naturalmente con finalità pubblicitarie e commerciali e, naturalmente, senza un consenso informato dell'utente. Un *concern*, questo, più caro alla FTC che alle Autorità europee, come visto. Nello specifico, l'AGCM ha denunciato la presenza dell'usuale sistema di "convincimento" dell'utente da parte di Facebook, che avrebbe predefinito l'opzione di consenso alla cessione dei dati, scoraggiando l'utente dal selezionare (l'unica) opzione alternativa, e cioè un rifiuto che avrebbe comportato una "versione" di Facebook (e delle *app* connesse) molto limitata. In altre

²⁸⁷ Sul punto, vd. S. GOBBATO, ult. cit., p. 158. L'A. riporta, peraltro, la tesi dell'Autorità italiana per cui la condotta sarebbe ancora più ingannevole, poiché le «finalità commerciali si prestano ad essere confuse con le finalità sociali e culturali, tipiche di un social network».

²⁸⁸ Vd. *supra*, nt. 268.

parole, anche in questo caso Facebook ha imposto un modello affine al *take it or leave it*²⁸⁹. Da qui la sanzione di 10 milioni (5 per violazione), applicata, secondo l'Autorità, tenendo conto della cifra dei consumatori e dei dati personali raccolti²⁹⁰.

La decisa apertura verso il *benessere informato* del consumatore rappresenta anche un'apertura alle riflessioni esaminate nel primo capitolo sulla consapevolezza degli individui e, soprattutto, sulla possibilità che la cessione del dato sia una transazione dal valore positivo – riguarda, insomma, un patrimonio informativo -, configurabile, in un ecosistema *zero-price*, come un vero e proprio contratto di consumo²⁹¹. Rapporto contrattuale in cui il consumatore ha una posizione sempre più debole (e dunque ha bisogno di maggiori protezioni)²⁹².

²⁸⁹ Forse, allora, non hanno tutti i torti G. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *Antitrust über alles*, cit., p. 17, nell'immaginare uno scenario futuribile in cui Facebook offra più "versioni" della piattaforma (nessuna di queste a pagamento, però) in base al livello di protezione dei dati personali garantito (e richiesto).

²⁹⁰ Anche in questo caso, peraltro, Facebook ha contestato la competenza dell'AGCM –

Anche in questo caso, peraltro, Facebook ha contestato la competenza dell'AGCM – invocando, come sempre, quella della Commissione irlandese per la Protezione dei Dati personali -: l'Autorità italiana, nel ribadire la propria assoluta competenza in tema di pratiche commerciali scorrette (e Codice del consumo), ha parlato di «complementarietà» tra la tutela del consumatore e quella della *privacy*.

²⁹¹ Vd. *supra*, nt. 69.

²⁹² Sul punto, vd. M. GAMBARO, *Big data, mercato*, cit., p. 208. Per l'A., infatti, la posizione contrattuale del consumatore è «costantemente peggiorata»: non solo il rischio associato ad una qualsiasi transazione è finito per gravare sempre più sulle sue spalle, ma è danneggiato anche dalla crescita esponenziale dell'asimmetria informativa.

Una riflessione, questa, su cui l'Autorità italiana continua ad essere "pioniera": a gennaio 2020, infatti, l'AGCM ha comunicato l'avvio di un procedimento di inottemperanza per Facebook²⁹³. In particolare, l'Autorità contesta a Facebook di non aver dato esecuzione al provvedimento (peraltro confermato dal Tar negli scorsi mesi) nella parte in cui richiedeva di rendere immediatamente chiare a ciascun utente-consumatore le modalità di raccolta ed utilizzo dei dati con finalità remunerative. Per l'Autorità, Facebook non avrebbe modificato la sua *policy*: pur avendo rimosso il *claim* «è gratis e lo sarà per sempre», la piattaforma non ha pubblicato sulla propria *home page* la dichiarazione rettificativa che le era stata disposta nel provvedimento. Insomma, al *claim* ingannevole del *social*, l'Autorità sembra rispondere con un messaggio chiaro: *consumer first*.

6. Le pratiche commerciali scorrette e la nuova teoria del danno

Nel perimetro della tutela del consumatore merita una particolare menzione l'orientamento di una parte della dottrina che discute della possibilità di inquadrare come pratica commerciale scorretta la

²⁹³ Il testo del provvedimento dell'AGCM n. 28072/2020, è disponibile su: https://www.agcm.it/dotcmsdoc/bollettini/2020/4-20.pdf.

profilazione degli utenti e la conseguente «discriminazione dei prezzi in quanto violazione del principio di parità di trattamento»²⁹⁴. Nello specifico – e con la premessa per cui solo il monopolista legale ha l'obbligo di contrattare con tutti a parità di condizioni (art. 2597 cc) – le «lenti delle pratiche commerciali scorrette» aiuterebbero a "leggere" ed inquadrare nella già menzionata condotta di omissione ingannevole (ex art. 22 Codice del cons.) tutte quelle offerte personalizzate di beni o servizi (fondate, cioè, sulla profilazione individuale) che non chiariscano (o meglio, informino i consumatori circa) la loro natura «personalizzata e pertanto discriminatoria»²⁹⁵. Si torna, allora, all'inconsapevolezza del consumatore e al modo in cui le piattaforme – anche prescindendo dalla circostanza per cui siano formalmente monopoliste – ne "abusino". La testimonianza della piena configurabilità di questa pratica come assolutamente "ingannevole" risiederebbe nella piena rispondenza di questa ai requisiti di scorrettezza sanciti dall'art. 22 e, in via generale, dall'art. 20 Cod. cons. In altre parole, la personalizzazione del prezzo che fa leva sulla "incolpevole ignoranza" del consumatore, sarebbe poco trasparente e

²⁹⁴ Il punto è approfonditamente trattato, tra tutti, da F. VESSIA, *Big data e profili*, cit., p. 101

²⁹⁵ F. VESSIA, ult. cit., p. 103. L'A., nel proporre questa "via" come alternativa alle previsioni "tradizionali", sottolinea che anche la Commissione europea ha sostenuto la possibilità di configurare come omissione ingannevole un servizio personalizzato che non riveli la sua natura – e le finalità commerciali - in modo esplicito.

contraria alla correttezza professionale: riguarderebbe infatti un'informazione rilevante e fondamentale come il prezzo del prodotto e pertanto in grado di incidere sulla scelta del consumatore. In condizioni di chiarezza informativa, infatti, l'utente, al corrente della personalizzazione del prezzo, avrebbe potuto assumere una decisione differente o, ad ogni modo, sicuramente più consapevole²⁹⁶.

Da queste premesse potrebbe partire una costruzione di una nuova *teoria del danno*. Una nuova "visuale", insomma, che affianchi gli inquadramenti classici, che integri la tutela "stretta" della concorrenza con il concetto necessariamente ampio del *consumer welfare* (che porta con sé riflessioni prioritarie come la connessione, intima, tra qualità e protezione dei dati e dell'informazione consapevole)²⁹⁷. La strada, senza paura di contaminazioni e senza "prevaricazioni", si ribadisce, appare già tracciata.

²⁹⁶ F. VESSIA, ult. cit., p. 103. L'A. ricorda anche che numerosi studi di *marketing* hanno dimostrato una certa "antipatia" nutrita dai consumatori nei confronti dei prezzi personalizzati ed una certa inclinazione di questi ultimi, quando debitamente informati, a rinunciare a questo tipo di offerte. Tuttavia, l'A. invita a non generalizzare troppo: in alcuni servizi, infatti, la personalizzazione dell'offerta sarebbe giustificata – se non desiderabile, oltre che già diffusa e praticata -: si pensi, ad esempio, ai prodotti assicurativi e finanziari. ²⁹⁷ Discute di questo M. MAGGIOLINO, *I Big data e il diritto antitrust*, cit., p. 342-343, anche in senso critico: l'A. sottolinea, infatti, il rischio di abbracciare questa prospettiva. Eleggere la *privacy*, un certo tipo di qualità e delle variabili ben definite legate al benessere del consumatore, sarebbe quasi una scelta di politica del diritto che rivedrebbe la gerarchia delle tutele del diritto antitrust. In altre parole: chi siamo noi (e, a tratti, chi è l'Autorità) per determinare a monte quali siano le vere priorità di un consumatore, sempre peraltro tenendo d'occhio il vero obiettivo, e cioè il processo concorrenziale?

7. Discriminazione ed algoritmi: un cenno

Se si discute di personalizzazione e discriminazione dei prezzi non si può non richiamare un tema essenziale – che non può essere approfondito in questa sede – per le nuove indagini antitrust. Il riferimento è alla possibilità che si configuri una collusione di prezzo tra le imprese tramite l'uso di algoritmi²⁹⁸. Nello specifico, in un ecosistema come quello digitale dove, per forza di cose, c'è totale trasparenza sui prezzi – tutti, a qualunque livello, possono vedere e confrontare *online* le offerte di tutti – potrebbe accadere sempre più spesso che gli operatori individuino prezzi collusivi e riescano a raggiungerli e "mantenerli" tramite gli algoritmi a loro disposizione, di cui si è detto nel primo capitolo. Il timore di non adottare delle contromisure adeguate è rafforzato dalla difficoltà di far rientrare il fenomeno dei *pricing algorithms* nel raggio applicativo dell'art. 101

²⁹⁸ La letteratura in merito è vastissima. Tra tutti, per un inquadramento preciso del fenomeno, vd. OCSE, *Algorithms and Collusion – Competition policy in the digital age*, 2017. Il testo è reperibile su: https://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-colllusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf. Ma vd. anche il *report* congiunto di AUTORITÈ DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT, cit., p. 14 ss.

TFUE²⁹⁹. La nozione di intesa, infatti, richiede la presenza di un «concorso di volontà» che manca, ed in futuro mancherebbe sempre più, in questo tipo di collusione tacita che, affidandosi sempre di più alle macchine ed a previsioni algoritmiche³⁰⁰, diventerebbe ancora più "involontaria": le imprese, infatti, in una dimensione di interdipendenza oligopolistica, non cercherebbero un reciproco intendimento, ma con un comportamento intelligente – ed autonomo – si adatterebbero al mercato³⁰¹.

²⁹⁹ Il testo dell'art. 101 TFUE è consultabile su: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12008E101&from=EN.

A tal proposito F. VESSIA, *Big data e digital markets*, cit., ha riportato le tesi di parte della dottrina che ipotizza quattro scenari collusivi, in futuro: il semplice *messenger scenario*, basato su un accordo fra operatori che con gli algoritmi monitorano e allineano i prezzi; lo scenario *hub and spoke*, in cui molte imprese "ruotano" attorno al medesimo algoritmo di prezzo; il *predictable agent* scenario, per cui ogni operatore decide, pur in assenza di reciproco intendimento, di monitorare i prezzi adottati dai rivali ed adeguare a questi la propria offerta; ed, infine, il *digital eye* scenario, in cui la collusione tacita è individuata (e perpetrata) dalle macchine, tramite *deep learning* e *artificial intelligence*, senza che ci sia bisogno dell'intervento umano. Una sorta di "pilota automatico" dei prezzi collusivi, a tratti di foucaultiana memoria.

³⁰¹ Sul punto e sulla possibilità di rintracciare un elemento volontaristico in queste condotte, vd. M. MAGGIOLINO, *I Big data e il diritto antitrust*, p. 291. L'A. richiama anche il prezioso contributo di M.E. STUCKE, A. EZRACHI, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm Driven Economy*, 2016.

Conclusioni

Il tempo dinamico e magmatico dei Big Data ha messo in discussione ogni regola, ogni parametro e ogni certezza che si credeva consolidata. Se il concetto di confine, di wall, viene smentito dalla vocazione virtuale, globale ed espansionistica dei tech giants, torna invece attuale il tema delle barriere, limina digitali che proteggono i giganti del web, le loro condotte ed il loro patrimonio informativo. Gli strumenti per osservare ed indagare questo ecosistema, come si è provato a dimostrare, necessitano di nuove "lenti", nuovi attrezzi. Attrezzi che certo non devono affatto perdere di vista l'approccio classico e la finalità tradizionale della tutela della concorrenza: d'altronde, il "vento" hipster d'oltreoceano chiama a gran voce il ritorno di un antitrust semplice, fedele allo spirito dell'antigigantismo con cui ha preso vita Sherman Act. Tuttavia, e se ne sono accorti simultaneamente la FTC e il Bundeskartellamt, continuare a disputare ostinatamente il *match* sul field dell'anticoncorrenza dura, pura e non contaminata, equivale a perdere in partenza: soprattutto se si prende atto che il motore (immobile?) degli abusi gira attorno allo sfruttamento dei dati personali e alla scarsa (ed incolpevole) consapevolezza dei consumatori, ingannati dalla presunta gratuità dei servizi di cui non possono più fare a meno. La mano che la tutela della *privacy* tende - soprattutto dal 2018 nel Vecchio Continente con l'entrata in vigore del GDPR – non è stata ignorata né dall'Autorità americana né da quella tedesca, a dimostrazione dell'esistenza di un'integrazione efficiente tra le tutele e della possibilità che la *privacy* funga da strumento di "aggiornamento" - e non di "inglobamento" - della tutela del processo concorrenziale. Insomma, una nuova prospettiva che aggiorni il "vocabolario" antitrust e, finalmente, ragioni anche sulla qualità come parametro di valutazione dei mercati zero-price e multiversante. La stessa sfida è stata raccolta e declinata in modo altrettanto innovativo dalla nostra Autorità nazionale che, forte delle sue competenze, ha letto le dinamiche sleali dei GAFAM alla luce del Codice del consumo, proponendo un'inedita theory of harm concentrata sul consumer welfare. Il sentiero è accidentato e gli errori di calcolo, come detto, sono stati e saranno tanti, ma la direzione sembra quella corretta. L'obiettivo, adesso, dovrebbe essere quello dell'abbandono delle prospettive e delle tutele nazionali e della costruzione di una nuova protezione comunitaria: i documenti, le iniziative e le dichiarazioni della Commissione europea sembrano deporre in tal senso. Solo abbandonando i confini giuridici ed i particolarismi nazionali, infatti, si riuscirebbe davvero a fronteggiare un fenomeno che, come già detto, non ha confini.

Bibliografia

AGCM, AGCOM, Garante per la protezione dei dati personali, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, 2020. https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegatinews/IC Big%20data imp.pdf

Autorité de la Concurrence, Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, 2016. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf? blob=publicationFile&v=2

Botta M. e Wiedemann K., EU Competition Law Enforcement Vis-à-Vis Exploitative Conducts in the data Economy Exploring the Terra incognita, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper, 18, 2018. https://ssrn.com/abstract=3184119

Bundeskartellamt, *The Market Power of Platforms and Networks*, 2016. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Think-Tank-Bericht-Zusammenfassung.pdf? blob=publicationFile&v=4.

Broos S. e Ramos J.M., Google, Google Shopping and Amazon: The Importance of Competing Business Models and Two-Sided Intermediaries in Defining Relevants Markets, in The Antitrust Bullettin, vol. 62, 2017. https://ssrn.com/abstract=2696045

Colangelo G., *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Mercato concorrenza Regole*, 3, 2016.

Colangelo G. e Maggiolino M., Data protection in Attention Markets: Protecting Privacy through Competition?, in J. Eur. Comp. Law & Practice, 8, 2017

Colangelo G., Maggiolino M., *Data Accumulation and the Privacy-Antitrust Interface: Insights from the Facebook case*, in *International Data Privacy Law*, 8, 2018. https://ssrn.com/abstract=3125490

Colangelo G., Accesso ai data e condizioni di licenza FRAND, in V. Falce, G. Ghidini e G. Olivieri (a cura di), Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza, in Quaderni romani di Diritto Commerciale, 36, 2018

Colangelo G., Maggiolino M., *Antitrust über alles, Whither competition law after Facebook?*, in *World Competition Law and Economics Review*, 42, 2019. https://ssrn.com/abstract=3362428

Commissione europea, *Building A European Data Economy*, 2017. https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-building-european-data-economy

Consiglio europeo, *Geo-Blocking: unlocking e-commerce in the EU*, 2020. https://www.consilium.europa.eu/en/policies/geo-blocking/

Delmastro M., Nicita A., Big data. Come stanno cambiando il nostro mondo, Bologna, 2019

De Mauro A., Greco M., Grimaldi M., A Formal Definition of Big Data Based on its Essential Features, in Library Review, 65, 2016

Di Porto F., *La rivoluzione big data. Un'introduzione*, in F. Di Porto (a cura di), *Big data e concorrenza*, in *Concorrenza e mercato*, 23, 2016

Dipartimento di Giustizia USA, *Single-Firm Conduct And Section 2 Of The Sherman Act: An Overview*, 2015. https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2008/09/12/236681_chapter1.pdf

Eisenmann T., Winner-Take-All in Networked Markets, Harvard Business School, 2006

Eisenmann T., Parker G., Van Alstyne M., *Platform Envelopment*, in Strategic Management Journal 32, vol. 12, 2011

Evans D., The Antitrust Economics of Multi-sided Platform Markets, in Yale Journal on Regulation, 2003

Evans D., Schmalensee R., The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, in Competition Policy International, 3, 2007

Evans D., *How the Internet of Everything will change the world... for the better #IoE*, 2012. http:// blog.cisco.com/news/how-the-internet-of-everything-will-change-the-worldfor-thebetter-infographic

Evans D., Schamalensee R., *Matchmakers, The New Economics of Multisided Platforms*, Harvard, 2016

Evans P.C., A. Gawer, *The Rise of the Platform Enterprise: A Global Survey. CGE Report*, 2016. https://www.thecge.net/app/uploads/2016/01/PDF-WEB-Platform-Survey 01 12.pdf

Executive Office of the President (USA), Big Data: A Report on Algorithmic Systems, Opportunity, and Civil Rights, 2016

Faella G., Pardolesi R., Squeezing price squeeze: la compressione dei margini nel diritto antitrust comunitario, in Mercato Concorrenza Regole, 1, 2010

Falce V., Granieri M., Searching a Rationale for Search Neutrality in the Age of Google, in G. Colangelo, V. Falce (a cura di), Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione, Bologna, 2017

FTC, Internet of things: Privacy and Security in a Connected World, Staff Report, 2015

Gambaro M., *Big data, mercato e mercati rilevanti*, in V. Falce, G. Ghidini e G. Olivieri (a cura di), *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, in *Quaderni romani di Diritto Commerciale*, 36, 2018

Galli C., Bogni M., I requisiti per la tutela IP dei Big Data, in V. Falce, G. Ghidini e G. Olivieri (a cura di), Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza, in Quaderni romani di Diritto Commerciale, 36, 2018

Giannaccari A., Facebook, tra privacy e antitrust: una storia (non solamente) americana, in Mercato Concorrenza Regole, 2, 2019

Ghezzi F., Olivieri G., Diritto antitrust (seconda ed.), Torino, 2019

Gobbato S., Big data e "tutele convergenti" tra concorrenza, GDPR e Codice del consumo, in Medialaws – Rivista di Diritto dei media, 3, 2019

Graef I., Market definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms, in World Competition: Law and Economics Review, 38, 2015. https://ssrn.com/anstract=2657732

Graef I., EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms. Data as Essential Facility, Toronto, 2016

Haucap J., Stümheier T., Competition and Antitrust in Internet Markets, Discussion paper, di Dusseldord University Press, 2015

Hoppner T., Defining Markets for multi-Sided Platforms: The Case of Search Engines, in 38 World Competition, Issue 3, 2015. https://ssrn.com/abstract=3040557

Italianer A., Level playing field and innovation in technology markets, intervento presso la Conference on Antitrust in Technology, Palo Alto (US), 2013. https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_01_en.pdf

Hurwitz J.S., Kaufmann M., Bowles A., *Cognitive Computing and Big Data Analytics*, Wiley, Indianapolis, 2015.

Kaiser B., La dittatura dei dati. La talpa di Cambridge Analytica svela come i big data e i social vengono usati per manipolarci e minacciare la democrazia, New York, 2019.

Kerber W., Digital Markets, Data and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection, in V. Falce, G. Ghidini e G. Olivieri (a cura di), Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza, in Quaderni romani di Diritto Commerciale, 36, 2018

Lande R.H., Zerbe R.O., *The Sherman Act Is A No-Fault Monopolization Statute: A Textualist Demonstration*, in corso di pubblicazione

Laney D., 3D Data Management: controlling data Volume, Velocity and Variety, META Group/Gartner Report, 2001

Lerner A,, *The Role of "Big Data" In Online Platform Competition*, 2014. https://ssrn.com/abstract=2482780.

Maggio E. e Mula D., *Big Data e strumenti negoziali*, in V. Falce, G. Ghidini e G. Olivieri (a cura di), *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, in *Quaderni romani di Diritto Commerciale*, 36, 2018

Maggiolino M., Big data e prezzi personalizzati, in Concorrenza e mercato, 23, 2016

Maggiolino M., Concorrenza e piattaforme tra tradizione e novità, in G. Colangelo, V. Falce (a cura di), Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione, Bologna, 2017,

Maggiolino M., I Big Data e il diritto antitrust, Milano, 2018

Maggiolino M., I Big Data tra Stati Uniti e Unione europea, in V. Falce, G. Ghidini e G. Olivieri (a cura di), Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza, in Quaderni romani di Diritto Commerciale, 36, 2018

Martí Moya V., Geobloqueo y comercio electrónico entre la libre circulación y el derecho de la competencia, Madrid, 2020

Mayer-Schönenberg V. e Cukier K., Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà, Milano, 2013

Muscolo G., *Big data e concorrenza. Quale rapporto?*, in V. Falce, G. Ghidini e G. Olivieri (a cura di), *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, in *Quaderni romani di Diritto Commerciale*, 36, 2018

Newman J., Antitrust in Zero-Price Markets: Applications, in Washington University Law Review, 94, 2016. https://ssrn.com/abstract=2681304

Newman N., Feature: Search, Antitrust, and the Economics of the Control User Data, in Yale J. on Reg., 2014

Newman N., The Costs of Lost Privacy: Consumer, Harm and Rising Economic Inequality In The Age of Google, in William Mitchell Law Review, 40, 2014

OCSE, Data-Driven Innovation For Growth And Well-Being, Interim Synthesis Report, 2014

OCSE, *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*, Parigi, 2015. https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/data-driven-innovation 9789264229358-en#page248

OCSE, *Big Data: bringing competition policy to the digital era. Background note by the secretariat*, 2016. https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf

OCSE, Algorithms and Collusion – Competition policy in the digital age, 2017. https://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-colllusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf

OCSE, Market definition in multi-sided markets, 2017

OCSE, Quality Consideration in Digital-Zero Price Markets, Background note by the Secretariat, Parigi, 2018

Osti C., Pardolesi R., *L'antitrust ai tempi di Facebook*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2, 2019. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf? blob=publicationFile&v=4

Pardolesi R., *Hipster antitrust e sconvolgimenti tettonici: back to the future?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1, 2019

Petit N., *Technology Giants, The "Moligopoly" Hypothesis and Holistic Competition:* A Primer, 2016. http://bruegel.org/wp-content/uploads/2016/10/Tech-Giants-The-Moligopoly-Hypothezis-and-Holistic-Competition-A-Primer-PETIT-20-10-16-1-1.pdf.

Pezzoli A., Big data e antitrust: un'occasione per tornare ad occuparci di struttura?, in V. Falce, G. Ghidini e G. Olivieri (a cura di), Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza, in Quaderni romani di Diritto Commerciale, 36, 2018

Pitruzzella G., Big data, competition and privacy: a look from the Antitrust perspective, in F. Di Porto (a cura di), Big data e concorrenza, in Concorrenza e mercato, 23, 2016

Pitruzzella G., Big Data and Antitrust Enforcement, in Italian Antitrust Review, 2017

Pitruzzella G., *Relazione annuale del Presidente AGCM*, 2018. http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/presentazione_del_presidente giovanni pitruzzella.pdf.

Podszun R., The More Technological Approach: Competition Law in Digital Economy, Competition on the Internet, MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, 23, 2015

Richards N.M., King J.H., *Three paradoxes of big data*, in *Stanford Law Review online*, 66, 2013. https://ssrn.com/abstract=2325537

Romano R., Big Data, smart cities e proprietà intellettuale: quale il giusto equilibrio? in V. Falce, G. Olivieri (a cura di), Smart cities e diritto dell'innovazione, Milano, 2016

Rossi M.A., *Il ruolo delle piattaforme nell'economia dei big data*, in in V. Falce, G. Ghidini e G. Olivieri (a cura di), *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, in *Quaderni romani di Diritto Commerciale*, 36, 2018

Rowley J., The Wisdom Hierarchy: Representations of the DIKW Hierarchy, Journal of Information Science, 163, 2007

Rubinfeld D.L., Gal M.S., Access Barriers to Big Data, in Arizona Law Review 59, 2017

Sala-I-Martin X., I Just Ran Two Million Regression, in American Economic Review, 1997

Scalia A., A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law, Princeton University Press, 1997

Schwab K., *The Fourth Industrial Revolution*, relazione al World Economic Forum, Davos, 2015

Shaw R., Big Data and Reality, in Big Data & Society, 1, 2015.

Sokol D., Rethinking the Efficiency of Common Law, in Notre Dame Law Review, 95, 2019. https://ssrn.com/abstract=3328025

Srinivasan D., The Antitrust Case Against Facebook: A Monopolists's Journey Towards Pervasive Surveillance in Spite of Consumers' Preference for Privacy, in Berkeley Bus. L. J., 39, 2019 https://ssrn.com/abstract=3247362

Stucke M.E., When a Monopolist Deceives, in 76 Antitrust Law Journal, n. 3, 2010 http://ssrn.com/abstract=1644734

Stucke M.E., Grunes A.P., Big Data e Competition Policy, Oxford, 2016

Stucke M.E., Ezrachi A., Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm Driven Economy, 2016

The McKinsey Global Institute, Big Data: *The next frontier for innovation, competition and productivity*, 2011. exec_summary.ashx

Thépot F., Market Power in Online Search and Social Networking: A Matter of Two-Sided Markets, in World Competition, Kluwer Law International, 36, 2013. https://ssrn.com/abstract=2307009

Veilleux M.J., Alexa, Can You Buy Whole Foods: An Analysis of the Intersection of Antitrust Enforcement and Big Data in the Amazon-Whole Foods Merger, in Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, 37, 2019

Vessia F., Big data e profili di concorrenza, in M.T. Paracampo (a cura di), in FINTECH. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari, Giappichelli, 2017

Vessia F., Big data: dai vantaggi competitivi alle pratiche abusive, in Giur. comm., 1, 2018

Vessia F., *Big Data in Digital Markets and Antitrust Concerns*, lezione tenuta presso la University of Economics, Katowice, 2019

Vestager M., *Competition in a big data world*, conferenza tenuta a Monaco, 2016. http://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en

Weber R.H., *Data Portability and Big Data Analytics – New Competition Policy Challenges*, 2017

Zeno-Zencovich V., Codiglione G., Ten Legal Perspectives on the "Big Data Revolution", in F. Di Porto (a cura di), Big data e concorrenza, in Concorrenza e Mercato, 23, 2016

Sitografia

"Germany says Facebook must comply with antitrust ruling on data use", Financial Times. https://www.ft.com/content/a169921d-4744-4c16-8ae8-028d52bb655c

"Interview with Andreas Mundt – President of the Bundeskartellamt", The Antitrust Source, 2016. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Interviews/the_a ntitrust_source%20-%20An interview with Andreas mundt.pdf? blob=publicationFile&v=3

"Justice Department to Open Broad, New Antitrust Review of Big Tech Companies", The Wall Street Journal. https://www.wsj.com/articles/justice-department-to-open-broad-new-antitrust-review-of-big-tech-companies-11563914235?mod=mhp

"Il Dipartimento di giustizia USA prepara indagine antitrust su Google", Il Sole24Ore. https://www.ilsole24ore.com/art/wsj-dipartimento-giustizia-usa-prepara-indagine-antitrust-google--ACL1ZFL.

"States to Move Forward With Antitrust Probe of Big Tech Firms", The Wall Street Journal. https://www.wsj.com/articles/attorneys-general-to-move-forward-with-antitrust-probe-of-big-tech-11566247753

"La gente no se fija que paga continuaente con sus proprios datos", ABC Economia. https://www.abc.es/economia/abci-gente-no-fija-paga-continuamente-propios-datos-201912150135 noticia.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com

Ringraziamenti

Esprimere la mia gratitudine verso tutti coloro che mi hanno supportato nel percorso di studi e ancor più nel periodo, per me particolarmente travagliato, dedicato alla tesi di laurea sarebbe impossibile. Perciò invio un abbraccio grato a tutti.

Desidero però rivolgere un grazie sincero e speciale alla mia Professoressa Francesca Vessia, non solo per il bagaglio di conoscenze che mi ha fornito, per gli stimoli e la curiosità verso sempre nuovi e più ampi orizzonti, ma anche – come solo i veri Maestri sanno - per la generosa disponibilità all'ascolto e al dialogo e per l'affettuosa vicinanza che è stata per me un sostegno fondamentale per superare un momento delicato e difficile.

Grazie a mia madre, per ogni sguardo complice che ha sempre compreso ogni cosa, per aspettarmi ancora, per avermi insegnato il valore della pazienza e regalato un mondo dolce, nostro come la piccola locomotiva di latta che accompagna ogni mio risveglio. Grazie a mio padre, che mi ha regalato la parola ed il suo uso più saggio, anche nei confronti più duri e quotidiani, quelli che mi hanno fatto crescere più di ogni altra esperienza.

Grazie a mio fratello, perché trovare l'alba dentro l'imbrunire è più semplice se si ha qualcuno sempre pronto a guardarti le spalle.

Grazie ai miei nonni. A Nonna Melina, senza la quale questa tesi semplicemente non sarebbe esistita. A Nonno Renato, che mi ha insegnato che anche la barca più modesta può non stancarsi mai di navigare. A Nonna Lia, per ogni preziosa telefonata sottovoce.

Grazie a Peppe, compagno di cammino che, sotto quella giacca e quella cravatta, ha ancora la maglia nerazzurra sbiadita e il sorriso di quindici anni fa, e questo lo rende il migliore amico che si possa desiderare. Grazie agli amici di una vita: a Robi, per ogni serata junk dopo lo studio infinito, a Gabri perché adesso ho voglia di sentire "quanno chiove", a Mosca per avermi fatto capire cosa significhi non avere freddo quando si è soli, a Dario, Piski, Manzo, Andre, Lollo, Dani, Marco, Bronz, Vito, Nicolas, Mario S., Stefano Q. A Bianca, Fede, Marti, Benni e Mary. Grazie ad Universo Studenti, piccola grande casa. Grazie a Good, presidente e confidente notturno: ci siamo divertiti, tanto, e ne è valsa la pena. Grazie a Mattia per avermi indicato Moby Dick in un mare di pagine non lette, a Vins, spalla sincera che mi ha dato tanta fiducia, anche quando non meritata. Grazie a Cate, mio faro nei corridoi e non solo, e Fra, perché Cocciante in due è più bello. Grazie ai pazzi del Polo, ai brati Flavio e Gabri, a Mario perché alcune parole non si dimenticano e a Luca perché il domani appartiene a noi ma soprattutto a te. Grazie ai migliori consiglieri del mondo: Adele, Bob, Gina, Felicia. Grazie a Nuzzo, Paky e Felix. Grazie ai "vecchi" e ai loro consigli preziosi, soprattutto alla pazienza di Vito, Giacomo e Alessandro ed al resto dei Golpisti (Frejda, Domenico, Guenda, Marco, Stefano, Pippo e Marika). Grazie ai "giovani" dell'auletta: l'augurio è che possiate custodire la stanza con il nostro stesso amore. Grazie al Direttivo.

Grazie a Mik per illuminare i sentieri ostinati e contrari.

E grazie a te, Roberta, che mi hai fatto innamorare degli incipit e, per questo, hai chiuso ogni cerchio, hai aggiunto, in silenzio e in punta di piedi, ogni tassello mancante, stringendomi sempre più forte in un abbraccio che è il rifugio più solido per i sognatori. Grazie per avermi sussurrato che per noi c'è un tempo bellissimo, tutto sudato, una stagione ribelle...