

ANTITRUST E BIG DATA

Il nuovo volto della concorrenza nell'era digitale e tecnologica

1. Nozione giuridica di diritto antitrust – cenni storici

Il diritto antitrust è quel complesso di norme giuridiche poste a tutela ed a protezione della libera competizione e concorrenza dei mercati economici.

La corrente di pensiero che ha condotto alla nascita ed all'evoluzione delle leggi antitrust è quella del liberismo economico, inteso in termini di capacità del mercato di autoregolarsi senza un intervento statale che ingerisca nell'economia per indicare il *quid* ed il *quantum* della produzione.

Aderendo alla superiore ideologia, la maggior parte dei Paesi occidentali ha pian piano abbandonato l'idea di regolare il mercato attraverso l'imposizione di un modello di rigida pianificazione e intervento statale.

Il diritto antitrust poggia le sue origini sullo *Sherman Antitrust Act*, prima legge emanata dal Congresso degli Stati Uniti ed in vigore dal 2 Luglio 1890, ratificata per abbattere il fenomeno dei trusts e dei monopoli. La suddetta legge si compone di tre sezioni anche se il vero fulcro è rappresentato dalle *Sections 1 e 2*. La *Section 1* sancisce l'illiceità contrattuale di qualsiasi contratto o accordo in forma di trust o in qualsivoglia altra forma idonea a restringere il commercio tra i diversi Stati dell'Unione o con nazioni straniere, prevedendo una sanzione pecuniaria distinta per società di capitali, persone fisiche o giuridiche. La *Section 2* prevede la punibilità di qualsiasi soggetto che monopolizza o si accordi con uno o più soggetti per monopolizzare il commercio interstatale o con nazioni straniere.

In ambito europeo, la lotta contro i trust e i monopoli inizia a partire dagli anni '50: già il

Trattato CECA¹, approvato nel 1951, introduce la libera circolazione di determinati beni eliminando le tasse e i diritti doganali². Parimenti, il Trattato di Roma del 25 marzo 1957, istitutivo della Comunità Economia Europea (e ratificato dall'Italia con legge 14 ottobre 1957, n. 1203), prevede come fine politico principale la costituzione di un mercato unico europeo regolato da principi di libera concorrenza e efficienza delle imprese³.

Nel sistema comunitario vigente, i riferimenti normativi per la tutela della libera concorrenza sono gli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. In particolare, l'art. 101 TFUE prevede espressamente il divieto di impedire, restringere e falsare il gioco della concorrenza all'interno dell'Unione, attraverso accordi di imprese o di associazioni di imprese o attraverso pratiche concordate che possano pregiudicare la libera concorrenza nel commercio tra Stati membri. Il medesimo articolo individua, tra gli accordi idonei a falsare la concorrenza, quelli volti a fissare direttamente o indirettamente il prezzo di acquisto o vendita, limitare o controllare la produzione, lo sviluppo tecnico o gli investimenti, la

¹ Trattato costitutivo della CECA approvato a Parigi il 18 aprile 1951 ed entrato in vigore il 24 luglio 1952. Aderirono Belgio, Francia, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Rep. Fed. Tedesca.

² In particolare gli articoli 65 e 66 prevedono rispettivamente il divieto di accordi tra imprese volti a limitare la concorrenza e il divieto di abuso di posizione dominante.

³ L'articolo 3 del Trattato prevede in particolare la creazione di un regime teso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune.

ripartizione dei mercati, applicare condizioni dissimili per prestazioni equivalenti ed ancora subordinare la conclusione di contratti all'accettazione di prestazioni supplementari che non abbiano per loro natura alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi. Restano esclusi dall'ambito di applicazione del divieto gli accordi o le intese tra imprese che contribuiscano a promuovere il progresso tecnico od economico o a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti.

L'articolo 102 TFUE sancisce il divieto dello sfruttamento abusivo di posizione dominante che una impresa detiene nel mercato comune o su una parte sostanziale di esso, qualora possa risultare pregiudizievole al commercio tra Stati membri. Alla stregua dell'articolo precedente, anche tale disposizione normativa individua le caratteristiche idonee a rendere una pratica tra imprese concretamente abusiva: in particolare, si parla di imposizione diretta o indiretta di prezzi d'acquisto, di vendita o altre condizioni di transazioni non eque, limitazione della produzione e dello sviluppo tecnico a danno dei consumatori, determinazione di uno svantaggio per la concorrenza applicando condizioni dissimili per prestazione equivalenti e subordinazione della conclusione di contratti all'accettazione di prestazioni supplementari che non presentano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi per loro natura.

Per quel che concerne il quadro normativo del nostro Paese, prima dell'approvazione di una legge *ad hoc* in materia di antitrust, i riferimenti normativi per la tutela della concorrenza andavano individuati negli articoli 2598 e 2601 c.c.⁴. Dunque, gli atti di

⁴ Art. 2598 "Atti di concorrenza sleale": Ferme le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi e dei diritti di brevetto, compie atti di concorrenza sleale chiunque:

1) usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i

concorrenza sleale venivano fatti rientrare nella categoria dell'illecito contrattuale, suscettibile di determinare un danno risarcibile ai sensi dell'art. 2600 c.c. In questo quadro normativo, non era prospettabile l'idea che, oltre ai soggetti protetti dalle norme di concorrenza sleale, potessero esistere ulteriori soggetti passibili di subire un danno *antritrust*, ossia i consumatori, utenti finali.

Il primo concreto intervento normativo in materia di antitrust fu approvato con legge n. 287 del 10 ottobre 1990, recante: "*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*", proprio al fine di dare attuazione all'articolo 42 della Costituzione, posto a tutela del diritto di iniziativa economica genericamente inteso⁵.

prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente;

2) diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinare il discredito o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente;

3) si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda.

Art. 2599 "Sanzioni": La sentenza che accerta atti di concorrenza sleale ne inibisce la continuazione e dà gli opportuni provvedimenti affinché ne vengano eliminati gli effetti.

Art. 2600 "Risarcimento del danno": Se gli atti di concorrenza, sleale sono compiuti con dolo o con colpa, l'autore è tenuto al risarcimento dei danni.

In tale ipotesi può essere ordinata la pubblicazione della sentenza.

Accertati gli atti di concorrenza, la colpa si presume.

Art. 2601 "Azione delle associazioni professionali": Quando gli atti di concorrenza sleale pregiudicano gli interessi di una categoria professionale, l'azione per la repressione della concorrenza sleale può essere promossa anche dagli enti che rappresentano la categoria.

⁵ L'Italia è intervenuta in materia di tutela della concorrenza con netto ritardo rispetto agli altri Paesi Europei. Francia, Germania, Olanda e Belgio hanno, infatti, approvato le prime leggi antitrust già verso la fine degli anni sessanta.

Precipuamente, la suddetta legge è costruita sul modello comunitario offerto dagli articoli 101 e 102 TFUE e disciplina, in particolare, intese o accordi o pratiche concordate tra imprese restrittive della concorrenza.

Ruolo determinante è attribuito all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCOM), alla quale spetta il compito di far rispettare la legge sulla concorrenza vigilando sugli abusi di posizione dominante, consistenti nelle condotte di imposizione e discriminazione dei prezzi, restrizione della produzione e impedimenti agli sbocchi, agli accessi al mercato, nonché agli investimenti o al progresso tecnologico di altri operatori del mercato.

2. Il tema della concorrenza nei mercati innovativi

L'era digitale ha dato un contributo determinante alla creazione e allo sviluppo di nuovi modelli di impresa ed in particolare alla nuova modalità di distribuzione di beni e servizi per il tramite dell'E-commerce o commercio elettronico.

A partire dal nuovo millennio, l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato è dovuta intervenire in alcune importanti decisioni destinate ad affrontare il tema della concorrenza nella fornitura dei servizi online.

In particolare, un ruolo fondamentale è svolto da alcune importanti società che agiscono quali intermediari delle transazioni economiche che si realizzano tramite Internet. Basti pensare a colossi come Google, Apple, Amazon, eBay, Facebook, società nate come start-up e oggi diventate centro nevralgico del nuovo mondo digitale.

Inevitabilmente, alla crescita esponenziale dei nuovi volti dell'era tecnologica ha fatto seguito una crescente attenzione delle autorità antitrust, impegnate ad elaborare una sempre più pregnante normativa a tutela della concorrenza, che possa scongiurare i fenomeni di abuso di posizione dominante, di

intese e di controllo delle concentrazioni, altamente frequenti nel mercato online.

Negli ultimi anni, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è stata più volte chiamata a pronunciarsi sul tema dell'abuso di posizione dominante su Internet, generalmente in riferimento alla posizione assunta da Google nei mercati dinamici ed innovativi operanti sul Web.

Nel 2010, l'AGCOM ha, per l'appunto, concluso un procedimento nei confronti di Google⁶, riguardante il servizio Google News Italia, avente ad oggetto la rivelazione, indicizzazione e visualizzazione di contenuti giornalistici pubblicati da una pluralità di editori italiani attivi online.

In particolare, l'Autorità Garante è stata chiamata ad accertare una presunta violazione dell'art. 102 TFUE (prima art. 82 del Trattato CE), consistente nell'impedire che gli editori online potessero rimuovere i propri contenuti giornalistici dal servizio/portale Google News senza ripercussioni sulla rilevabilità dei medesimi contenuti sul motore di ricerca Google Web Search⁷. Il procedimento riguardava inoltre l'assenza di verificabilità dell'attività di intermediazione svolta da tale società e, dunque, dei corrispettivi spettanti agli affiliati al programma AdSense⁸.

Con provvedimento n. 21959 del 22-12-2010, l'AGCOM ha ritenuto gli impegni presentati da Google Inc. e Google Ireland Limited idonei a far venir meno i profili anticoncorrenziali rilevati nel corso dell'istruttoria relativa al procedimento di riferimento. Precipuamente, in tale occasione, Google si è impegnata ad

⁶ Procedimento A420-Fieg-Federazione Italiana Editori Giornali/Google, provvedimento n. 21959 del 22-12-2010

⁷ Si tratta del motore di ricerca più diffuso ed utilizzato dagli utenti di Internet.

⁸ Si tratta di una piattaforma attraverso la quale Google opera come intermediario degli editori on-line nella compravendita di spazi pubblicitari.

utilizzare un software distinto per Google News tale da consentire agli editori di escludere i propri contenuti esclusivamente dal superiore servizio, senza ripercussioni sull'inclusione degli stessi nelle pagine dei risultati del motore di ricerca generale di Google. Parimenti, Google si è impegnata a modificare le condizioni contrattuali di AdSense, introducendo un meccanismo certo e noto per la determinazione dei corrispettivi spettanti agli affiliati al programma.

Anche a livello comunitario, la posizione assunta da Google nel mercato online non è passata inosservata: la Commissione Europea è intervenuta più volte per verificare la condotta tenuta dal colosso Google nel mondo digitale, al fine di individuare pratiche commerciali suscettibili di costituire abusi di posizione dominante.

In particolare, la Commissione Europea ha segnalato quattro diverse pratiche potenzialmente abusive e lesive della concorrenza adottate dal grande colosso digitale: i) favorire i propri servizi a danno di quelli degli altri competitor (come Amazon o Edreams); ii) utilizzare contenuti prelevati da siti terzi (in particolare quelli di editori di quotidiani on-line) senza il loro consenso esplicito, violando il diritto di autore; iii) sottoscrivere contratti per la fornitura di servizi pubblicitari con clausole di esclusività; iv) limitare, attraverso clausole contrattuali, la trasferibilità ad altri motori di ricerca dei dati della campagna pubblicitaria dei clienti inserzionisti.

In particolare, nei confronti di Google, la Commissione Europea ha presentato uno *“Statement of Objections”*, una notifica di obiezioni volta a segnalare un potenziale abuso di posizione dominante da parte del colosso statunitense accusato di aver imposto restrizioni ai produttori di dispositivi Android e agli operatori di rete mobile⁹.

⁹ Nell'ambito dei dispositivi mobili, Google Search è preinstallato e costituisce dunque un'opzione

La Commissaria alla Concorrenza, Vestager, ha avuto modo di rilevare come *“il comportamento di Google neghi ai consumatori una scelta più ampia di applicazioni e servizi di telefonia mobile [...] in violazione delle norme antitrust comunitarie. Google ha la possibilità di rispondere alle preoccupazioni della Commissione”*.

In riscontro alle obiezioni mosse dalla Commissione Europea, Kent Walker, Senior Vice President e General Counsel di Google, ha considerato il modello di business offerto dalla multinazionale idoneo e sufficiente a garantire ai produttori la possibilità di mantenere costi bassi ed elevata flessibilità, assicurando al contempo ai consumatori un controllo adeguato¹⁰.

Si tratta di primi importanti impulsi per l'adozione di interventi concreti volti a rimuovere i profili problematici individuati dalla Commissione in relazione all'intensa e pervasiva attività di Google sulla piattaforma Internet.

La normativa vigente non impone alla Commissione limiti temporali per la conclusione di indagini antitrust su condotte anticoncorrenziali, trattandosi spesso di valutazioni più o meno complesse non solo per la delicatezza dei temi trattati ma anche per la difficoltà di cooperazione dell'impresa interessate.

automatica e esclusiva nella maggior parte dei device Android venduti in Europa.

¹⁰ In particolare, Kent Walker ha affermato: *“Prendiamo seriamente queste preoccupazioni, tuttavia crediamo che il nostro modello di business permetta ai produttori di mantenere costi bassi e una elevata flessibilità, consentendo ai consumatori di avere un controllo senza precedenti sui propri dispositivi mobili”*, precisando altresì: *“i nostri accordi con i partner sono interamente su base volontaria – chiunque può usare Android senza Google [...] ogni produttore può scegliere di caricare la suite di app Google sul dispositivo e liberamente aggiungere altre app”*.

3. Big Data: profili anticoncorrenziali

L'espressione "Big Data" viene recentemente utilizzata per riferirsi alle infinite quantità di dati prodotti a grande velocità da numerosi tipi di fonti, prevalentemente raccolti online.

Le origini dei Big Data non vanno solo riscontrate nel volume di dati oggi disponibili, ma derivano anche e soprattutto dalla creazione e dallo sviluppo esponenziale delle nuove tecnologie di raccolta, *storage* ed elaborazione degli stessi e nella maggiore capacità analitica e interpretativa di cui le imprese possono dotarsi.

L'innunerevole quantità di informazioni si distingue (i) in relazione alla tipologia cui sono riferibili, (ii) in base alla circostanza di essere strutturate o meno, giacché, nel primo caso, sono idonee ad essere processate agevolmente a fini commerciali, e, infine, (iii) differiscono in ragione della modalità di raccolta adoperata.

La disponibilità di acquisire dati – per lo più tramite il mondo online – rileva in modo significativo anche sotto il profilo concorrenziale, potendo costituire la fonte di un significativo potere di mercato, e potendo, altresì, essere foriera di un notevole incremento della trasparenza del mercato.

Quanto al primo profilo e dunque alla capacità del fenomeno dei big data di costituire la fonte di un significativo potere di mercato, basterà segnalare la frequenza con cui, negli ultimi decenni, si assiste ad un consistente aumento delle barriere all'ingresso da parte delle imprese già presenti sul mercato, che precludono – tramite l'utilizzo di *dataset* molto potenti – l'ingresso da parte dei nuovi operatori entranti alla medesima categoria di data cui possono accedere i colossi multinazionali. L'acquisizione da parte di tali ultimi di livelli di informazioni così estesi finiscono inevitabilmente per condizionare l'andamento del mercato creando barriere consistenti per le piccole e medie imprese

che intendo affacciarci in questo nuovo scenario economico.

Per quanto concerne, invece, il profilo della trasparenza, si consideri che la maggiore trasparenza è data certamente dall'acquisizione di informazioni sempre più complete e consistenti. Tale circostanza, se da un lato può agevolare l'ingresso di nuove imprese nel mercato on-line e non¹¹, d'altro canto può ridurre l'incentivo dei soggetti economici a deviare da un equilibrio collusivo. D'altro canto, tuttavia, la maggiore trasparenza può ridurre l'incentivo dei soggetti economici a deviare da un equilibrio collusivo.

Sulla rilevanza dei "Big Data" nel mondo dei mercati innovativi, si è recentemente espresso anche il Garante Europeo per la protezione dei dati, che, in data 19 novembre 2015, ha pubblicato il parere n. 7 dal titolo "Affrontare le sfide dei Big Data" ("Meeting the Challenges of Big Data"). In particolare, il Garante ha invitato gli operatori del settore a valorizzare una dimensione etica nella gestione dei dati personali da essi compiuta e ha sottolineato come assicurare il rispetto della normativa sulla protezione dei dati personali rinforzi la fiducia dei consumatori e sia dunque una possibile strategia di business. Il GEPD ha, altresì, esortato l'Unione Europea a garantire coerenza nella sfera della protezione dei consumatori, dell'antitrust, della ricerca e dello sviluppo.

Più recentemente, anche le Autorità garanti della concorrenza francese e tedesca sono intervenute sulla questione delle "grandi banche dati" e sulle implicazioni che le stesse hanno sull'assetto concorrenziale al tempo della digital economy¹².

¹¹ Si pensi per esempio ad Amazon Marketplace, una tra le più importanti piattaforme di commercio elettronico che ha dato voce anche agli operatori commerciali di piccole o medie dimensioni.

¹² Infatti, lo scorso 10 maggio 2016 le suddette Autorità hanno pubblicato un report dal titolo "Competition Law and Data" che si propone di

Sembra che ormai anche le istituzioni nazionali, internazionali e comunitarie siano consapevoli di come i recenti sviluppi nei mercati digitali abbiano portato alla nascita di una serie di imprese che ottengono fatturati estremamente significativi sulla base di modelli di business che comportano l'uso e la raccolta commerciale dei dati (spesso personali), come ad esempio il motore di ricerca Google e il social network Facebook.

Il ruolo di spicco assunto da società di tal genere nei mercati innovati ha certamente stimolato nuove discussioni sul ruolo dei dati nelle relazioni economiche e nell'applicazione del diritto della concorrenza a tali rapporti, in particolare per quanto riguarda la valutazione dei dati come un fattore in grado di condizionare il potere di mercato delle imprese. Ciò vale non solo per i motori di ricerca, social networking o pubblicità online, ma si estende anche ad altri settori quali l'energia, le telecomunicazioni, le assicurazioni, le banche o il trasporto.

Il vantaggio delle imprese *on-line* è quello di essere in grado di utilizzare dati in breve tempo, grazie ai processi automatizzati, ad esempio per scopi pubblicitari. Inoltre, questi dati possono economicamente sostenere molti modelli di business online, in particolare quelli finanziati dalla pubblicità.

È importante segnalare la possibilità che i cosiddetti "*network effects*" (*rectius*: effetti di rete) possano anche stimolare la concorrenza dando a nuovi operatori del mercato la possibilità di crescere rapidamente grazie alla propria capacità di incuriosire un elevato numero di utenti essere (ad esempio a causa di una caratteristica innovativa).

evidenziare e dimostrare come la raccolta, l'elaborazione e l'uso commerciale dei dati non afferisca solo ad una questione di protezione dei dati personali, ma finisca inevitabilmente per porre problemi di concorrenza per l'appunto derivanti dal possesso e dall'uso dei dati, per lo più se caricati online.

Pertanto, a seconda di vari parametri quali il livello dei costi fissi o le differenze le quote di mercato delle imprese, gli effetti di rete potrebbero in tal modo rafforzare o attenuare concorrenza.

Allo stesso modo, viene evidenziato come la raccolta di dati possa provocare barriere all'entrata, quando i nuovi operatori non sono in grado di raccogliere dati o accedervi al pari dei grandi operatori del settore. Il rischio è che le imprese che godono di una posizione dominante, grazie alla disponibilità di infinite quantità di dati, possano falsare la concorrenza e contravvenire alla normativa di settore.

In ordine alla relazione tra antitrust e tutela della privacy, merita di essere evidenziata la stretta interazione tra la raccolta di dati e la posizione di mercato dell'impresa che ne usufruisce. Si pensi ad esempio alla innumerevole quantità di dati che gli operatori di settore riescono ad acquisire in ordine agli utenti finali, che prestano – spesso inconsapevolmente – il loro consenso all'utilizzo dei dati stessi, accettando i termini e le condizioni del potenziale fornitore e la privacy policy senza prestare la dovuta attenzione e senza dunque conoscere con esattezza il fine per cui le proprie informazioni personali saranno trattate.

In uno scenario di tal genere, anche il Commissario europeo per la concorrenza Margrethe Vestager, in un suo intervento alla DLD Conference di Monaco, ha ritenuto opportuno chiarire la posizione dell'Antitrust europea sull'utilizzo dei Big Data come strumento che le imprese possono adottare per analizzare il proprio mercato e il comportamento della clientela e ottimizzare di conseguenza i servizi erogati alla clientela stessa¹³.

¹³ "Se solo poche aziende controllano i dati necessari a soddisfare i clienti e ridurre i costi" - ha spiegato Vestager – "questo potrebbe dare loro il potere di estromettere i concorrenti dal mercato. E con meno

Ebbene, in buona sostanza, il problema c'è già, ma ancora sembra non destare preoccupazioni tali da giustificare un intervento concreto delle competenti Autorità internazionali, comunitarie e nazionali, probabilmente anche alla luce dei - non indifferenti - interessi economici in gioco.

In un contesto di tal genere, si auspica ad un'attenzione meticolosa delle competenti autorità e ad un occhio vigile degli utenti e consumatori finali.

Noi avvocati, dal canto nostro, non possiamo far altro che sensibilizzare imprese e singoli ad un utilizzo attento dei dati personali propri e di terzi, specie nel contesto dei nuovi mercati innovativi.

Non lasciamo ancora una volta che l'innovazione si trasformi in distruzione, ma tutt'al più in progresso e miglioramento.

Avv. Francesca Manuela Comis
Dott.ssa Giulia Leo

concorrenza c'è il rischio che non ci siano abbastanza incentivi per continuare a usare i Big Data per servire meglio i clienti". Se in tal modo si dovesse correre il rischio di rendere l'utilizzo dei Big Data tanto dannoso per la concorrenza da controbilanciarne i benefici, "potremmo dover intervenire per ristabilire l'equilibrio".