

L'EROMPERE DEI POTERI PRIVATI NEI MERCATI DIGITALI E LE INCERTEZZE DELLA REGOLAZIONE ANTITRUST*

ELIA CREMONA**

Sommario

1. Due considerazioni in premessa – 2. L'*erompere* dei poteri privati nei mercati digitali – 3. Paradigmi classici e problemi contemporanei – 4. Le traiettorie del diritto antitrust nella *digital economy* – 4.1. Concentrazione di dati e potere di mercato – 4.2. I dati come prezzo, la *privacy* come nuova base giuridica dell'*enforcement* antitrust – 4.3. I *Big Data* (e gli algoritmi che li processano) come *essential facilities* nel mercato della pubblicità *online* – 4.4. Collusione algoritmica e intese 4.0 – 4.5. Concorrenza *nel* mercato, concorrenza *al* mercato – 5. Conclusioni per un recupero (o una ricerca) del fondamento costituzionale della disciplina della concorrenza nell'era digitale.

Abstract

Today, the rise of new private powers in the digital environment - the large online platforms that are the masters of the world's most intelligent algorithms - is transforming markets, overturning established paradigms and forcing the legal system, at times, to use old instruments for new purposes, at other times to devise entirely new ones. In the fourth industrial revolution, the most traditional concepts of antitrust law, once transplanted into the digital environment, seem to be unstable. Consider the notion of consumer welfare, the definition of the relevant market, market power, abuse of dominant position, all of which are being challenged globally: antitrust law seems to be shaken from its foundations. It is not able to prevent the formation of monopolies and has to link up with other regulatory systems, especially data protection regulations, to combat new concentrations of power. But if a battle against Big Tech is to be fought, antitrust law needs to regain its authentic constitutional foundation, which combines the protection of the economic efficiency of the market with the protection of equality and freedom.

Suggerimento di citazione

E. CREMONA, *L'erompere dei poteri privati nei mercati digitali e le incertezze della regolazione antitrust*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al *webinar* "Autorità amministrative indipendenti e regolazione delle decisioni algoritmiche" svoltosi il 7 maggio 2021 e organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law* (SE.CO.R.E TECH).

** Dottorando in Diritto pubblico nell'Università degli Studi di Siena.

Contatto: elia.cremona@gmail.com

1. Due considerazioni in premessa

Le pagine che seguono si inseriscono nell'indagine condotta dai costituzionalisti fiorentini sul tema della regolazione delle decisioni algoritmiche da parte delle autorità indipendenti e assumono lo specifico punto di vista della regolazione della concorrenza e del mercato, a livello europeo e nazionale.

Corre l'obbligo da subito di precisare che, per quanto attiene all'attività della Commissione europea e dell'Autorità antitrust italiana, la regolazione tange il tema delle decisioni algoritmiche non immediatamente, ma bensì – com'è intuibile – per il tramite delle decisioni pronunciate e delle sanzioni irrogate nei confronti di quei soggetti che in ragione della loro “dominanza algoritmica” hanno in qualche modo pregiudicato il regolare funzionamento del mercato. Ciò sia, a livello europeo, con riferimento ai temi classici delle intese, degli abusi e delle concentrazioni, sia, a livello nazionale, con riferimento anche alla tutela dei consumatori.

E difatti, lo ha ricordato la Corte costituzionale nella nota sentenza n. 13 del 31 gennaio 2019, le autorità di regolazione (non fa eccezione l'Antitrust) sono portatrici di un interesse pubblico *specifico*, ad un tempo generale e particolare¹. Perciò, in tutte le decisioni che si prenderanno in esame, le “decisioni algoritmiche” rileveranno in quanto strumentali alla realizzazione di condotte anti-competitive, che l'intervento, per così dire “interessato”, dell'Autorità ha censurato a tutela del funzionamento del mercato.

Secondariamente, l'indagine è condotta su di un piano oggettivo. Si procederà *per problemi*, talora analizzando congiuntamente decisioni di regolatori nazionali ed europei. Fatte le debite premesse, muoviamo.

2. L'erompere dei poteri privati nei mercati digitali

Il punto di vista del diritto della concorrenza rappresenta da sempre un osservatorio privilegiato delle dinamiche dell'economia². Generalmente, è il mercato che precede il regolatore: modelli di *business* si sviluppano, crescono, attirano l'attenzione del regolatore, che tenta di ricondurre i comportamenti economici di cittadini e imprese sotto l'ombrello “protettivo” dell'ordinamento giuridico.

Oggi, *l'erompere*, per trasporre (e rovesciare di prospettiva) l'efficace espressione di Alberto Predieri³ nell'ambiente digitale, dei nuovi poteri privati

¹ Per quanto attiene l'Antitrust italiana, il perimetro d'azione e gli interessi perseguiti sono definiti ai sensi degli artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990. Il pronunciamento della Corte, n. 13 del 2019, ha altresì chiarito che l'Autorità di regolazione non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale (cfr. Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere 29 maggio 1998, n. 988/97).

² S. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pisa 2018, pp. 29 ss.

³ A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997.

– le grandi piattaforme padrone degli algoritmi più intelligenti del mondo⁴ – trasforma i mercati, rovescia paradigmi consolidati e impone all’ordinamento, talora di usare strumenti vecchi per fini nuovi, altre volte di concepire strumenti del tutto nuovi.

Specie con riferimento alla regolazione della concorrenza, è stato icasticamente osservato che “*the antitrust system peddles furiously on a bicycle to catch up with industry developments that speed ahead in a formula one car*”⁵. In una sorta di paradosso zenoniano, la regolazione sembra in qualche modo sempre rincorrere il succedersi di innovazioni tecniche e tecnologiche, che attraversano il mercato trasformando contemporaneamente domanda e offerta, senza mai però mettersi al passo⁶.

Muoviamo innanzitutto da una breve analisi degli attori protagonisti: quelli che oggi sono chiamati “poteri privati digitali”⁷. L’espressione sta a definire quei soggetti che in ragione della particolare posizione di forza socio-economica detenuta, e in assenza di una qualche forma di “legittimazione democratica”, detengono posizioni di ‘potere’, nel senso dell’attitudine che essi hanno ad incidere unilateralmente – nell’ambiente digitale – sulla sfera giuridica dei soggetti che con essi entrano in contatto⁸.

Le relazioni giuridiche ed economiche che essi intrattengono con gli utenti non sono – generalmente – il frutto di un incontro simmetrico di volontà, a mo’

⁴ E. MOROZOV, *Silicon Valley. I signori del silicio*, Codice, Torino 2017; M. DELMASTRO e A. NICITA, *Big Data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, il Mulino, Bologna 2019, pp. 49 ss.

⁵ W.E. KOVACIC, *Antitrust in High-Tech industries: Improving the Federal Antitrust Joint Venture*, in *Geo. Mason L. Rev.*, 19, 2012, p. 1102, in G. COLANGELO-V. FALCE, *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell’innovazione*, Il Mulino, 2017, p. 46, nt. 2.

⁶ Di “sostanziale asimmetria dialettica tra i regolatori e le piattaforme” parla A. DAVOLA, “I vestiti nuovi dell’imperatore”: il contenzioso tra il Bundeskartellamt tedesco e Facebook in tema di abuso di posizione dominante alla luce del progressivo snaturarsi del diritto antitrust”, in *Diritto di internet*, fasc. 1/2021, p. 65. Cfr. S. RANCHORDÁS-M. VAN ‘T SCHIP, *Future-Proofing Legislation for the Digital Age*, in *Time, Law, and Change. An Interdisciplinary Study*, Londra, 2020, part IV, cap. 16.

⁷ Sia consentito rinviare a A. SIMONCINI-E. CREMONA, *European Private Law Integration Through Technology: The Constitutional Dimension*, in *Scritti in onore di Hans-W. Micklitz e Giuseppe Vettori e in Persona e mercato*, fasc. 2/2021, pp. 244-260. Precursore sul tema fu G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970, pp. 63 ss. Cfr. O. POLLICINO, *New Technology, Algorithms and the Rising of Private (Digital) Powers and new Challenges for Constitutional Law*, in <https://blogs.eurac.edu/eureka/>, 11 luglio 2019; O. POLLICINO, *L’“autunno caldo” della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi.it*, 16 ottobre 2019; F. MEZZANOTTE, *I poteri privati nell’odierno diritto dello sviluppo economico*, in *Politica del diritto*, fasc. 3/2018, pp. 507-530.

⁸ O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, *Constitutional Democracy in the Age of Algorithms: The Implications of Digital Private Powers on the Rule of Law in Times of Pandemics*, in *MediaLaws*, 11 novembre 2020; A. SORO, *Democrazia e potere dei dati: Libertà, algoritmi, umanesimo digitale*, Milano, 2019; A. MARCIANO, A. NICITA, G. B. RAMELLO, *Big data and big techs: understanding the value of information in platform capitalism*, in *European Journal of Law and Economics*, 16 novembre 2020, pp. 345 ss.

di pattuizioni contrattuali, ma piuttosto l'esito dell'accettazione incondizionata dei termini di servizio da parte del soggetto interessato⁹. L'asimmetria è tale che le regole d'ingaggio per l'utilizzo del servizio somigliano più a *norme* (fonti private) che a condizioni di contratto¹⁰.

Parliamo in particolare delle note piattaforme digitali, come Google, Amazon, Facebook, o dei grandi *player* economici che operano a livello globale nel campo della tecnologia, come Apple e Microsoft¹¹: essi pervadono i mercati e assumono su di loro sempre maggiori funzioni, anche tradizionalmente proprie dei pubblici poteri. Non sono più soltanto protagonisti della realizzazione di scambi commerciali, ma forniscono servizi di più ampio interesse sociale, e talora “soddisfano” diritti sociali, costituzionalmente nominati¹².

Tra i vari *business models* che essi adottano, quello di certo maggiore successo è quello delle *digital platforms* che operano sui c.dd. mercati a più versanti (*multi-sided markets*)¹³, nei quali distinti gruppi di utenti vengono posti in una situazione di interdipendenza reciproca¹⁴. In estrema sintesi, una piattaforma che opera su due o più versanti può generalmente applicare un prezzo maggiorato su un versante e così abbassare, o perfino azzerare, il prezzo sul versante collegato. Perciò, l'obiettivo della piattaforma diviene quello di attrarre quanti più utenti sul lato di mercato “sovvenzionato”, in modo che gli

⁹ Cfr. A. QUARTA, *Mercati senza scambi. La metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Napoli, 2020, pp. 299 ss. L'Autrice propone una interessante tassonomia nella quale distingue tra siti con contenuti privati, nei quali i termini d'uso possono essere equiparati a pattuizioni contrattuali, e siti con contenuti pubblici, nei quali i termini d'uso sono equiparati a dichiarazioni non negoziali.

¹⁰ Il tema è di estremo interesse, anche per l'attitudine di queste ‘fonti’ a incidere su alcuni diritti fondamentali. Cfr. M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, Roma, 2019; sul fenomeno della transizione delle forme di autoregolazione da ‘negozio giuridico’ a ‘fonte’, fondamentale il contributo di G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Torino, 2004, pp. 125 ss.; D. SICLARI, *Contributo allo studio della sussunzione legislativa di regole formate dai privati*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Napoli, 2010, 275 ss.

¹¹ Cfr. L. M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, in *The Yale Law Journal*, 2017, pp. 710 ss.

¹² Fulgido esempio dell'essenzialità, per così dire, dei servizi offerti da Google è stata l'interruzione globale dei servizi *Google* del 14 dicembre 2020, che si è protratta per circa un'ora. Come riportato dal sito *Downdetector.it*, il *Google Down* ha interessato un'ampia gamma di servizi: *YouTube*, *Gmail*, *Google Suite* e *Google Maps*, *Google Drive* e *Google Translator*, paralizzando indifferentemente attività pubbliche e private.

¹³ J.C. ROCHET, J. TIROLE, *Platform Competition in Two Sided Markets*, in *Journal of the European Economic Association*, 2003, 1(4), p. 990; A. HAGIU, J. WRIGHT, *Multi-Sided Platforms*, in *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 43, 2015, p. 162; M. RYSMAN, *The Economics of Two-Sided Markets*, in *Journal of Economic Perspectives*, 23, 2009, p. 125.

¹⁴ F. DUCCI, *Natural Monopolies in Digital Platform Markets*, Cambridge University Press, 2020, pp. 24 ss.; S. MANNONI-G. STAZI, *Is Competition a Click Away? Sfida al monopolio nell'era digitale*. Napoli, 2018.

utenti presenti sull'altro versante si facciano carico dei costi necessari per interfacciarsi con il primo gruppo di utenti¹⁵.

Ed è così che i servizi digitali erogati sono in larga prevalenza gratuiti. O almeno così appare. *Google*, ad esempio, fornisce una costellazione di servizi che vanno dal noto motore di ricerca, ai servizi *mail*, all'intrattenimento tramite *Youtube*, alla navigazione tramite *GMaps*... la lista sarebbe lunghissima. *Apple*, pure, offre migliaia di *app* dalle più svariate funzionalità a costo zero, o comunque a prezzi molto contenuti. *Facebook*, che controlla *Instagram* e *Whatsapp*, mette i propri servizi a disposizione di miliardi di persone, senza che gli utenti versino apparentemente alcun corrispettivo economico. *Amazon*, che aggrega l'offerta di una sterminata quantità di beni, realizza spedizioni – spesso gratuite – in tutto il mondo e in tempi rapidissimi, oltre ad essere *leader* in una miriade di altri mercati, dal *clouding* al *gaming*. Eppure, queste quattro *corporations* (anche note come *big tech*) si collocano tra le prime capitalizzazioni a livello mondiale¹⁶ ed espandono sempre più il proprio raggio d'azione, che ha da ultimo abbracciato anche le più tradizionali delle prerogative degli Stati sovrani: quella di battere moneta¹⁷ e quella di pronunciare la giustizia¹⁸.

¹⁵ Si veda sul punto EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the Committee of the regions. Online Platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Europe*, 25th May 2016, COM (2016) 288 final. Cfr. M. MOORE, D. TAMBINI, *Digital Dominance, The Power of Google, Amazon, Facebook and Apple*, New York, 2018; Cfr. F. GHEZZI-G. OLIVERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2019, p. 192; O. LOBEL, *The Law of the Platform*, in *Minnesota Law Review*, 2016, 137, pp. 88 ss.; F. BASSAN, *Innovazione tecnologica e regolazione nell'Unione Europea, I mercati dell'algoritmo tra concorrenza e protezione dei dati*, in S. DOMINELLI, G.L. GRECO, *I mercati dei servizi fra regolazione e governance*, Torino, 2018, pp. 20-21.

¹⁶ *Microsoft*, al primo posto, ha raggiunto nel 2018 una capitalizzazione pari 779,81 miliardi di dollari, *Apple* di 748,54 miliardi, *Amazon* di 734,42 miliardi, *Alphabet* (holding di varie società Google) di 723,47 miliardi. Sempre operanti nell'ambito *tech*, seguono la cinese *Tencent*, al sesto posto, con una capitalizzazione di 379,12 miliardi di dollari, *Facebook*, al settimo posto, con 376,73 miliardi, *Alibaba*, all'ottavo posto, con 352,53 miliardi, dati elaborati da Il Sole24Ore e disponibili su <https://lab24.ilsole24ore.com/aziende-top/>.

¹⁷ Nel 2019, Facebook, insieme ad altri colossi privati, ha lanciato *Libra*, una criptovaluta creata per circolare dentro un sistema di pagamento che funzioni a livello mondiale. Il lancio della valuta ha avuto alterne fortune ed il progetto è stato prima archiviato e poi ripristinato con il nome, sempre latineggiante, di *Diem*. Cfr. <https://www.diem.com/en-us/>.

¹⁸ Il 6 maggio 2020, Facebook ha annunciato di aver costituito un *Oversight Board*, cui ha affidato il compito di “*exercise independent judgment over some of the most difficult and significant content decisions*”. Facebook fa sapere che darà attuazione alle decisioni del consiglio “*a meno che ciò non possa violare la legge*” e che il Board “*non sarà in grado di ascoltare tutti i casi*”, senza però anticiparne i criteri di accesso. Il Board ha il compito di “*setting precedent and direction for content policy at Facebook*”, secondo un'impostazione tipica di common law. E a lungo termine, auspica il comunicato, il Board si propone di diventare un “trampolino di lancio” per approcci simili alla “*content governance*” nell'ambiente *online*. Il comunicato è reperibile al seguente *link*: <https://about.fb.com/news/2020/05/welcoming-the-oversight-board/>. Per un commento dei primi provvedimenti emessi si veda A. GEROSA, *La tutela della libertà di manifestazione del pensiero nella rete tra Independent Oversight Board e ruolo dei pubblici poteri. Commenti a margine della decisione*

Il fenomeno è oggi notorio: l'utente fruisce di un servizio e “in cambio” autorizza il trattamento dei dati personali¹⁹, che iniziano ad essere oggetto di sfruttamento economico²⁰, arricchendo la piattaforma, che può a sua volta predire i comportamenti dei propri utenti, implementare i servizi e raccogliere maggiori dati²¹. Questa, in brevissimo, la “spirale” dell'economia dei dati personali²².

n. 2021-001-FB-FBR, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it; O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, M. BASSINI, *Trump's Indefinite Ban: Shifting the Facebook Oversight Board away from the First Amendment Doctrine*, in *VerfBlog*, 5 novembre 2021, in www.verfassungsblog.de/fob-trump-2/.

¹⁹ J. M. NEWMANN, *The Myth of Free*, in *George Washington Law Review*, Vol. 86, 2018, pp. 513 ss.; R. JANAL, *Fishing for an Agreement: Data Access and the Notion of Contract*, in LOHSSE-SCHULZE-STAUDENMAYER (a cura di), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Oxford-Baden Baden, 2017, p. 271.

²⁰ Sostanzialmente, o mediante la concessione di spazi agli inserzionisti sulla piattaforma o mediante una vera e propria cessione di tali dati a terze parti. Cfr. M. EDDY, *How Companies Turn Your Data Into Money*, 10th October 2018, on <https://www.pcmag.com/news/how-companies-turn-your-data-into-money>.

²¹ L'idea che tali servizi non siano ‘gratuiti’ ha in realtà più di un precedente. Già negli “*Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali*” del 25 maggio 2016, la Commissione Europea aveva affermato che “*i dati personali, le preferenze dei consumatori e altri contenuti generati dagli utenti hanno un valore economico de facto*”. Più di recente, si segnala il dibattito sorto sul *drafting* della Direttiva UE sulla fornitura di contenuti digitali. E infatti, nel considerando n. 13 della proposta della Commissione europea era dato di leggere che “*nell'economia digitale, gli operatori del mercato tendono spesso e sempre più a considerare le informazioni sulle persone fisiche beni di valore comparabile al denaro. I contenuti digitali sono spesso forniti non a fronte di un corrispettivo in denaro ma di una controprestazione non pecuniaria, vale a dire consentendo l'accesso a dati personali o altri dati*”. Nel *drafting* finale della direttiva 2019/770, la prospettiva “realista” sembra essere accantonata. Si legge al considerando n. 24: “*La fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali spesso prevede che, quando non paga un prezzo, il consumatore fornisca dati personali all'operatore economico. [...] Oltre a riconoscere appieno che la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce, la presente direttiva dovrebbe garantire che i consumatori abbiano diritto a rimedi contrattuali, nell'ambito di tali modelli commerciali*”. Per una compiuta ricostruzione delle problematiche emergenti, si veda G. VERSACI, *Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection*, in *European Review of Contract Law*, 2018; 14 (4), pp. 374–392; G. RESTA e V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, pp. 411-440; AXEL METZGER, *Data as Counter-Performance: What Rights and Duties Do Parties Have?*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic commercial law*, 2017, 8, 5; S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018, p. 164; S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, pp. 583 ss.; nonché G. ALPA, *Diritti della personalità emergenti: profili costituzionali e tutela giurisdizionale. Il diritto all'identità personale*, in *Giur. merito*, 1989, pp. 464 ss.

²² Sul valore economico dei dati personali la letteratura è sterminata. Per tutti, S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York 2019, *passim*. Si segnala altresì: A. MARCIANO, A. NICITA, G. B. RAMELLO, *Big data and big techs: understanding the value of information in platform capitalism*, in *European Journal of Law and Economics*, 16 novembre 2020, pp. 345 ss.; M. MOORE, D. TAMBINI, *Digital Dominance. The Power of Google, Amazon, Facebook and Apple*, New York, 2018. Secondo l'Osservatorio *Big Data Analytics & Business*

3. Paradigmi classici e problemi contemporanei

Senza scadere nel catastrofismo, il fenomeno è più grave di quel che sembra, sia sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali nell'ambiente digitale, sia sul piano dell'adeguatezza dell'assetto della regolazione. La dinamica della regolazione del mercato in funzione della tutela della concorrenza, importata dal modello statunitense dello *Sherman Act*²³ e del *Clayton Act*, si muove ancor oggi secondo le logiche di regolazione *ex post*. I regolatori accertano fatti e comportamenti rispetto a norme previe: data una certa nozione di abuso di posizione dominante, l'Autorità di regolazione interviene sul mercato *una volta che* l'abuso si sia verificato e il danno alla concorrenza perpetrato (*theory of harm*).

Se in un contesto di relativa stabilità delle dinamiche di mercato tale meccanismo di intervento pubblico nell'economia poteva ritenersi efficace, e anzi massimamente rispettoso della libera iniziativa economica dei soggetti privati, nel contesto di un mercato in continua, profonda e sempre più rapida trasformazione gli antichi paradigmi sembrano non soccorrere più. Tantopiù se oggetto di scambio commerciale non sono più beni materiali e valori monetari, ma dati personali e personalissimi.

Si possono fare alcuni esempi, che saranno più ampiamente divisati nel séguito.

Il concetto di potere di mercato e la nozione di mercato rilevante, ai fini dell'individuazione degli abusi di posizione dominante, debbono fare i conti col fenomeno della centralità del 'dato personale' nell'ecosistema digitale. È la disponibilità di dati, dei *big data*, e degli algoritmi che li processano, ciò che principalmente qualifica il potere di mercato e rende possibile lo sfruttamento abusivo della posizione di dominanza o l'erezione di barriere all'ingresso. Secondo alcuni, tale aspetto non è stato sinora tenuto in sufficiente considerazione dai regolatori. Secondo altri, addirittura, la regolazione antitrust si

Intelligence del Politecnico di Milano, solo in Italia, i *Big Data* hanno raggiunto un valore complessivo di 1,4 miliardi di euro nel 2018; comunicato stampa dell'Osservatorio, 11 dicembre 2018, disponibile su: https://www.osservatori.net/it_it/osservatori/comunicati-stampa/big-data-analytics-italia-mercato-2018.

²³ Lo *Sherman Antitrust Act* fu approvato nel 1890 ed è la più antica legge antitrust degli USA, volta a contrastare la formazione di monopoli e di cartelli. Per alcuni anni la legge rimase pressoché inapplicata, finché il Presidente Roosevelt non ne fece uso per combattere il trust ferroviario della *Northern Securities Company*, che nel 1902 fu sciolto; cfr. G.J. STIGLER, *Monopoly and Oligopoly by Merger*, in *The American Economic Review*, Vol. 40, No. 2, *Papers and Proceedings of the Sixty-second Annual Meeting of the American Economic Association* (May, 1950), pp. 23-34. In seguito anche il Presidente William Howard Taft la utilizzò per colpire il monopolio della *American Tobacco Company*. Il più grande successo dello *Sherman Act* fu lo smembramento, in ben ventisei società, della *Standard Oil*.

sarebbe sostanzialmente disinteressata della concentrazione di potere di mercato (cioè di dati e di informazioni, grazie al *network effect*) nelle mani delle Big Tech, confidando in una nozione di 'benessere del consumatore' esclusivamente basata sul prezzo. Anzi. Proprio grazie all'apparente gratuità dei servizi digitali offerti dalle piattaforme, queste hanno potuto raggiungere – sotto la vigile tolleranza delle autorità di regolazione – posizioni di sostanziale monopolio (o di "moligopolio")²⁴. Come sottolinea Lina Khan, recentemente nominata *Chair* della *Federal Trade Commission* dal Presidente degli Stati Uniti Joe Biden²⁵, riferendosi ad Amazon, questa azienda "ha marciato verso il monopolio cantando il motivo dell'antitrust contemporaneo"²⁶.

Ancora. In un numero sempre maggiore di mercati, i prezzi di beni e servizi sono determinati dalle imprese senza l'intervento umano. Tali decisioni sono sempre più spesso deferite ad algoritmi e a sistemi di intelligenza artificiale. È stato osservato che tali algoritmi potrebbero colludere fra loro, anche se non progettati per realizzare intese illecite, e allineare i prezzi ad un livello sovra-competitivo. Anzi, alcuni studi rivelano che questo è esattamente ciò che accade²⁷. Ora, tale fattispecie rischia di sfuggire al campo di applicazione delle regole antitrust, oscillando gli interpreti tra la riconduzione della fattispecie concreta sotto la categoria della collusione tacita, lecita, e la categoria della pratica concordata, questa sì sanzionabile, ma non senza alcune forzature interpretative. In più, tali algoritmi sono capaci di praticare prezzi discriminatori nei confronti dei consumatori finali. Ad esempio, sulla base dei precedenti acquisti, l'algoritmo (in maniera del tutto autonoma, solo sulla base di correlazioni e in virtù di sistemi di *machine learning*²⁸) potrebbe con buona probabilità azzeccare l'esatta cifra che il consumatore è disposto a pagare per un certo prodotto. Cifra, questa, che potrebbe essere diversa per lo stesso prodotto ad un diverso consumatore.

In un'ottica meramente microeconomica, questo scenario si avvicina molto all'idea dell'ottimo paretiano, nel quale il mercato alloca il bene a prezzi perfetti, senza fallimenti. Ma in una prospettiva più larga, diremmo costituzionale,

²⁴ N. PETIT, *Big Tech and the Digital Economy: the Moligopoly Scenario*, Oxford, 2020.

²⁵ FEDERAL TRADE COMMISSION, *Lina Khan Sworn in as Chair of the FTC*, 15 giugno 2021, al seguente *link*: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2021/06/lina-khan-sworn-chair-ftc>. Cfr. l'editoriale del *Financial Times*, *Lina Khan brings a chance to reshape antitrust policy*, del 21 giugno 2021, al seguente *link*: <https://www.ft.com/content/e95ad9f5-d9b9-49ec-a71e-8650da5e7ff2>.

²⁶ L.M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, in *The Yale Law Journal*, 2017, p. 716, cit. in S. MANNONI, G. STAZI, *Is Competition a Click Away?*, cit., p. 19.

²⁷ E. CALVANO, G. CALZOLARI, V. DENICOLÒ, J.E. HARRINGTON JR., S. PASTORELLO, *Protecting consumers from collusive prices due to AI*, in *Science*, 27 novembre 2020, vol. 370, issue 6520.

²⁸ Sull'opacità dei sistemi di intelligenza artificiale, per tutti, F. PASQUALE, *The black box society. The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Cambridge, 2015.

siamo certi che tale efficienza consenta il rispetto della libertà, anzi delle libertà, del consumatore (se di solo consumatore si può parlare)?

Ebbene, nella quarta rivoluzione industriale²⁹ le più tradizionali nozioni del diritto antitrust, una volta trapiantate nell'ambiente digitale, sembrano traballare. Si pensi alla nozione di benessere del consumatore, alla definizione di mercato rilevante, di potere di mercato, di abuso di posizione dominante, tutte messe in crisi a livello globale: il diritto antitrust pare scosso dalle fondamenta, al punto che un numero elevatissimo di autorità di regolazione del mercato ha avviato, nel corso degli ultimi due anni, studi e indagini conoscitive sulla c.d. *digital competition*³⁰.

Siamo in realtà alle soglie, se non di un cambio di paradigma, di una grande novità nel campo della regolamentazione della concorrenza. Il 15 dicembre 2020 la Commissione europea ha presentato la propria *Proposta di Regolamento relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale* (c.d. *Digital Markets Act*)³¹, nel quadro della più ampia strategia digitale dell'Unione europea³², che inaugura una inedita – e tutta da sperimentare – modalità di regolazione *ex ante*. Tale regolamento mira ad introdurre una serie di criteri oggettivi volti a definire le piattaforme *online* di grandi dimensioni che esercitano una funzione di controllo dell'accesso al mercato, i c.dd. *gatekeeper*³³, ponendo a carico

²⁹ L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, *passim*.

³⁰ Oltre all'indagine conoscitiva sui Big Data, conclusasi nel 2020, svolta congiuntamente delle Autorità italiane per la concorrenza, le comunicazioni e la protezione dei dati personali, si richiamano la *Digital Platforms Inquiry* dell'Accc australiana (2019), il *Final Report* della britannica CMA (2020), l'*Investigation of Competition in Digital Markets* dello statunitense *Subcommittee on antitrust* (2020). Si richiamano altresì le seguenti: BELGIAN COMPETITION AUTHORITY, DUTCH AUTHORITY FOR CONSUMERS & MARKETS, AND LUXEMBOURG CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Joint Memorandum on Challenges Faced by Competition Authorities in a Digital World* (2019); J. FURMAN, *Unlocking Digital Competition, Report of the Digital Competition Expert Panel*, Hm Treasury (2019); AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (Portogallo), *Digital ecosystems, Big Data and AI*, (2019); J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era. Report for the European Commission* (2019); AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Contribution to the Debate on Competition Policy and Digital Challenges* (2020); GERMAN EXPERT COMMISSION «COMPETITION LAW 4.0», *A New Competition Framework for the Digital Economy* (2019); STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS, *Final Report* (2019), *citt.* in R. PARDOLESI-R. VAN DEN BERGH-F. WEBER, *Facebook e i peccati da «Konditionenmissbrauch»*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 3, 2020, pp. 518-519.

³¹ Commissione europea, *Proposta di regolamento relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (Digital Markets Act)*, del 15 dicembre 2020, disponibile al seguente *link*: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=it>.

³² Commissione europea, *Communication: Shaping Europe's digital future*, 19 febbraio 2020, disponibile al seguente *link*: https://ec.europa.eu/info/publications/communication-shaping-europes-digital-future_it.

³³ Sono prese in considerazione le imprese che: (i) detengono una posizione economica forte, hanno un impatto significativo sul mercato interno e operano in più paesi dell'UE; (ii) occupano una forte posizione di intermediazione, nel senso che collegano un'ampia base di utenti a un gran numero

di queste una serie di obblighi e di vincoli che garantiscano agli innovatori di domani di farsi largo tra odierni *incumbent*³⁴.

4. Le traiettorie del diritto antitrust nella *digital economy*

4.1 Concentrazione di dati e potere di mercato

Secondo la teoria classica, la concentrazione di potere di mercato e, soprattutto, l'abuso della conseguente posizione dominante, deve essere combattuta perché finisce per distorcere l'efficace allocazione delle risorse, mentre i prezzi perdono la loro funzione di indicatori della scarsità. Nell'ambiente digitale, la "scomparsa" del prezzo ha posto più di un problema.

Per un certo periodo di tempo, la dottrina dominante, essenzialmente riconducibile alla Scuola di Chicago, ha escluso l'intervento antitrust in caso di 'prezzi' bassi o nulli³⁵. Ciò sull'assunto per cui il diritto antitrust protegge la concorrenza e non i concorrenti³⁶.

Senonché, nel mondo dei c.d. *multi-sided markets*, i prezzi nulli in un versante di mercato sono funzionali all'acquisizione di importanti quote di mercato sugli altri versanti: da lì giunge la remunerazione degli investimenti e la copertura dei costi di entrambi i versanti, senza che la piattaforma conosca mai perdite, neppure nel breve periodo³⁷.

Il tema del ruolo dei dati come volano per la concentrazione del potere di mercato ha iniziato a porsi con l'annuncio da parte di Google, dell'aprile del 2007, di acquisire la società *DoubleClick*, società operante nel campo delle

di imprese; (iii) detengono (o stanno per detenere) una posizione solida e duratura sul mercato, vale a dire stabile nel tempo. Cfr. art. 3 della Proposta.

³⁴ Ad esempio, i *gatekeeper* dovranno: rendere i propri servizi interoperabili per i terzi in situazioni specifiche; consentire agli utenti commerciali di accedere ai dati che generano utilizzando la piattaforma; fornire alle imprese che fanno pubblicità sulla piattaforma gli strumenti e le informazioni necessarie per consentire agli inserzionisti e agli editori di effettuare verifiche indipendenti dei messaggi pubblicitari ospitati dalla piattaforma; consentire agli utenti commerciali di promuovere la loro offerta e concludere contratti con clienti al di fuori della piattaforma. Viceversa, i *gatekeeper* non dovranno più: riservare ai propri servizi e prodotti un trattamento favorevole in termini di classificazione rispetto a servizi o prodotti analoghi offerti da terzi sulla loro piattaforma; impedire ai consumatori di mettersi in contatto con le imprese al di fuori della piattaforma; impedire agli utenti di disinstallare software o applicazioni preinstallati se lo desiderano.

³⁵ S. MANNONI, G. STAZI, *Is Competition a Click Away?*, Napoli, 2018, pp. 18-19.

³⁶ R.H. BORK, E.F. SIDAK, *What does the Chicago law School Teach About Internet Search and the Treatment of Google?*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 8, 4, 2012, pp. 663-700.

³⁷ Per tale ragione si esclude l'applicabilità della dottrina dei prezzi predatori: in ogni caso la somma dei prezzi praticati ai gruppi di utenti dei versanti di mercato supera i costi marginali sofferti per l'offerta dei servizi. Cfr. M. MAGGIOLINO, *Concorrenza e piattaforme: tra tradizione e novità*, in G. COLANGELO-V. FALCE, *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione*, Bologna, 2017, p. 59, nt. 30; J. WRIGHT, *One-Sided Logic in Two-Sided Markets*, in *review of Network Economics*, 3, 2004, p. 48.

inserzioni pubblicitarie *online*³⁸. L'accordo di fusione ha sollevato preoccupazioni antitrust sia in Europa che negli USA, ma in entrambi i casi la fusione è stata autorizzata, di fatto dando la stura ad una vera e propria stagione di c.dd. *killer acquisitions*³⁹. In particolare, la Commissione europea ebbe a rilevare che l'effetto di *data collection* che si sarebbe venuto a creare non avrebbe conferito al soggetto incorporante un vantaggio competitivo non replicabile da parte di concorrenti come *Microsoft* o *Yahoo*⁴⁰.

La storia, com'è noto, ha smentito l'ottimistica previsione della Commissione, che per alcuni anni ha continuato, se non a sottovalutare, ad avallare le aspirazioni monopolistiche delle Big Tech. Ancora un fulgido esempio giunge dalla autorizzazione delle fusioni tra *Microsoft/Yahoo*, nel 2010, e *Facebook/Whatsapp*, avvenuta nel 2014. Nel primo caso, la Commissione ritenne che la fusione avrebbe consentito di accrescere il livello di concorrenza nel mercato, grazie alla creazione di un competitor di *Google* su larga scala⁴¹. Nel secondo, la Commissione affermò che, se anche il soggetto esitante dalla fusione avesse raccolto e trattato i dati degli utenti di *WhatsApp* per migliorare i servizi di *targeting* su *Facebook*, la fusione non avrebbe pregiudicato il mercato (*theory of harm*) in quanto avrebbero continuato a residuare moltissimi dati di

³⁸ La società *DoubleClick* sviluppava e forniva servizi per l'inserzione pubblicitaria online ed è stata definitivamente acquisita da Google nel marzo 2008, per oltre tre miliardi di dollari. *DoubleClick* offriva prodotti e servizi tecnologici che venivano venduti principalmente ad agenzie pubblicitarie e mass media che servivano aziende quali Microsoft, General Motors, Coca-Cola, Motorola, L'Oréal, Apple, Visa, Nike. La principale linea di prodotti dell'azienda era nota come DART (*Dynamic Advertising, Reporting, and Targeting*), che aveva lo scopo di aumentare l'efficienza di acquisto degli inserzionisti e ridurre al minimo l'inventuto per i *publisher*. Cfr. *DoubleClick Inc. 2004 Form 10-K Annual Report*, disponibile al seguente *link*: <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/0001049480/000095012305003222/y06461e10vk.htm>.

³⁹ Nel maggio 2007, la *Federal Trade Commission* statunitense ha richiesto ulteriori informazioni sull'accordo, anche a seguito delle sollecitazioni ricevute da Microsoft, che riteneva che la fusione avrebbe dato a Google un controllo eccessivo sulla pubblicità *online*; cfr. Steve Lohr, *Microsoft Urges Review of Google-Double Click Deal*, sul *The New York Times* del 16 aprile 2007, disponibile al seguente *link*: <https://www.nytimes.com/2007/04/16/technology/16soft.html>. Il 20 dicembre 2007, la FTC ha approvato l'acquisto di *DoubleClick* da parte di Google dai suoi proprietari Hellman & Friedman e JMI Equity. In Europa, la Commissione ha concesso l'approvazione l'11 marzo 2008.

⁴⁰ Cfr. *Commission decision of 11/03/2008 declaring a concentration to be compatible with the common market and the functioning of the EEA Agreement, Case No COMP/M.4731 – Google/ DoubleClick*, disponibile al seguente *link*: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731_20080311_20682_en.pdf. In particolare, al punto 269 si legge che “*even the merged entity, let alone DoubleClick alone, would not have access to unique, non-replicable data because the type of information collected by DoubleClick is relatively narrow in scope. Other companies active in online advertising have the ability to collect large amounts of more or less similar information that is potentially useful for advertisement targeting*”.

⁴¹ *Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) of Council Regulation No 139/2004, Case n. COMP/M.5727 – Microsoft/ Yahoo! Search Business*, disponibile al seguente *link*: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5727_20100218_20310_261202_EN.pdf.

utenti *online*, utilizzabili per la pubblicità *online*, non sotto controllo di *Facebook*⁴².

Una punta di respipiscenza compare invece nell'autorizzazione condizionata della fusione *Microsoft/LinkedIn*, nel 2016⁴³. La Commissione ha infatti specificato che la tutela della *privacy*, pur non rientrando direttamente nell'ambito del diritto europeo della concorrenza, può essere tenuta in considerazione nella valutazione antitrust nella misura in cui i consumatori la percepiscano come un fattore di qualità del servizio e le imprese concorrano tra loro anche sulla base di tale fattore. In questo caso, quindi, la Commissione ha affermato che i termini di protezione della *privacy* costituiscono un fattore concorrenziale importante tra gli operatori di *social network* e che tale parametro di qualità avrebbe potuto subire un abbattimento in conseguenza della concentrazione, in assenza degli impegni poi adottati da *Microsoft*⁴⁴.

⁴² *Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) of Council Regulation No 139/2004, Case M.7217 – Facebook/ WhatsApp*, disponibile al seguente link: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf. In particolare, al punto 188 si legge che: “*the Commission refers to the results of the market investigation presented above (paragraph (177)), which indicate that, post-Transaction, there will remain a sufficient number of alternative providers of online advertising services. In addition, the Commission notes that there are currently a significant number of market participants that collect user data alongside Facebook. These include, first of all Google, which accounts for a significant portion of the Internet user data and, in addition, companies such as Apple, Amazon, eBay, Microsoft, AOL, Yahoo!, Twitter, IAC, LinkedIn, Adobe and Yelp, among others*”. Allo stesso modo, anche nella valutazione dell'operazione *Apple/Shazam*, la Commissione ha ritenuto che l'integrazione dei *database* delle parti, contenenti dati sui rispettivi utenti, non avrebbe conferito al soggetto esitante dall'operazione di fusione un “*vantaggio non replicabile*”. Ciò in quanto i *database* contenevano dati non unici e non qualificabili come *input* importanti per la fornitura di prodotti a valle. Cfr. *Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) in conjunction with Article 6(2) of Council Regulation No 139/2004 and Article 57 of the Agreement on the European Economic Area, Case M.8788 Apple/Shazam*, disponibile al seguente link: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8788_1279_3.pdf.

⁴³ Al fine di superare le criticità emerse nel corso dell'istruttoria, *Microsoft* ha offerto l'assunzione di impegni, della durata di cinque anni, applicabili nello Spazio Economico Europeo (SEE), che la Commissione ha accettato e reso vincolanti come condizione per l'autorizzazione della concentrazione. In particolare: (i) assicurare che i produttori e distributori di PC siano lasciati liberi di non installare *LinkedIn* su *Windows* e consentire agli utenti di rimuoverlo nel caso in cui i produttori e distributori di PC decidessero di pre-installarlo; (ii) consentire ai concorrenti di *LinkedIn* di mantenere gli attuali livelli di interoperabilità con i prodotti di *Microsoft Office* tramite il c.d. *Office add-in program* e *Office application programming interfaces*; (iii) garantire ai concorrenti di *LinkedIn* l'accesso a *Microsoft Graph*, un portale per sviluppatori di software, usato per sviluppare applicazioni e servizi che, con il consenso degli utenti, accedono ai loro dati immagazzinati sulla *cloud* di *Microsoft*, come ad esempio i contatti, le informazioni del calendario ed e-mail. Gli sviluppatori possono eventualmente utilizzare questi dati per spingere gli utenti ad abbonarsi ai propri *social network* professionali.

⁴⁴ *Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) in conjunction with Article 6(2) of Council Regulation No 139/2004 and Article 57 of the Agreement on the European Economic Area, Case M.8124 – Microsoft / LinkedIn*, disponibile al seguente link: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124_1349_5.pdf.

Il trend descrive una maturata, ma forse non ancora matura, concezione dei *big data* come viatico per la formazione di monopoli (sorta di *essential facility*)⁴⁵. L'esitazione a "colpire" le concentrazioni di dati deriva probabilmente da quanto detto in premessa: la concezione, o il mito⁴⁶, dei servizi digitali come servizi gratuiti ha indotto prudenza nell'intervento del regolatore che, non ravvisando nella cessione dei dati personali un costo per il consumatore, ha per molto tempo ritenuto massimizzato il suo benessere finale. Dunque, inutile, se non disutile, il suo intervento.

Oggi il paradigma sembra mutare, quantomeno in Europa, e ciò forse più grazie all'intervento delle autorità nazionali di regolazione che alla Commissione. Lo si vede nel paragrafo che segue.

4.2 I dati come prezzo, la *privacy* come nuova base giuridica dell'*enforcement antitrust*

Germania e Italia costituiscono oggi, probabilmente, i due ordinamenti nei quali appare più evidente il processo di funzionalizzazione del diritto antitrust alla tutela di beni giuridici diversi dalla concorrenza e, in particolare, della *privacy*. In entrambi gli ordinamenti, il destinatario degli interventi delle Autorità è *Facebook*.

In Germania, il *Bundeskartellamt*⁴⁷ ha avviato nel 2016 un procedimento contro Facebook per abuso di posizione dominante e per la messa in atto di condotte anticoncorrenziali *per il tramite* della sistematica violazione delle norme in materia di protezione dei dati personali⁴⁸. In particolare, la decisione

⁴⁵ A suggerirne tale potenziale qualificazione è la stessa AGCM, nell'*Indagine conoscitiva sui Big Data*, a p. 109, laddove si legge che "ai fini dell'analisi dell'indispensabilità tipica della dottrina antitrust dell'*essential facility* nel settore dei Big Data, almeno tre aspetti specifici appaiono potenzialmente rilevanti: – la natura personale o meno dei dati oggetto della richiesta di accesso; 110 – se i dati in questione siano stati: i) volontariamente forniti dal soggetto a cui si riferiscono; ii) rilevati dall'operatore dominante; iii) ricavati tramite attività di analisi dei dati svolte dall'operatore in questione (*analytics*); – il grado di aggregazione dei dati oggetto della richiesta di accesso potendo distinguere, dunque, tra dati a livello individuale, aggregati o *bundled*. In ogni caso, la specificità, la quantità e la qualità dei dati possono configurare un ostacolo alla concorrenza e favorire una condotta abusiva, nella forma di un rifiuto a contrarre, solo laddove tali dati integrino i requisiti stringenti di una *essential facility* per la fornitura di un particolare servizio".

⁴⁶ Cfr. J.H. NEWMANN, *The Myth of Free*, in *George Washington Law Review*, Vol. 86, 2017, *University of Memphis Legal Studies Research Paper No. 163*, p. 3, dove si rileva come "Freeconomics" has replaced standard economics. The marginal costs of digital products supposedly fell to zero, causing prices to follow. Scarce goods are costly; abundant goods are Free. And standard economics cannot account for Free".

⁴⁷ Decisione del 6 febbraio 2019; *Facebook Inc., Menlo Parc, U.S.A., Facebook Ireland Ltd., Dublin, Ireland, Facebook Deutschland GmbH/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., Berlin*.

⁴⁸ La decisione in merito alla violazione del divieto di abuso di posizione dominante da parte di Facebook è stata resa sulla base dell'asserita violazione del divieto di condotte abusive sancito all'art. 19 della normativa antitrust tedesca (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB*).

si è occupata della condotta consistente nell'inserimento, all'interno delle proprie condizioni contrattuali, di una serie di clausole che autorizzavano la società ad acquisire, combinare ed analizzare i dati generati dagli utenti nel corso delle loro attività *online*, non solo sulla piattaforma Facebook, ma anche dall'utilizzo di altri servizi di proprietà della stessa, come ad esempio *WhatsApp* o *Instagram*, nonché dall'interazione con siti *web* di proprietà di terze parti, ma che si avvalevano dei *Facebook business tools*.

Ad avviso del *Bundeskartellamt*, l'assenza di un'informazione chiara agli utenti in merito a queste condizioni (appena descritte in modo generico e senza far riferimento ai singoli servizi considerati, all'interno dei *terms and conditions* di Facebook) sarebbe stata illegittima in quanto incompatibile con il diritto all'autodeterminazione informativa e alla *privacy* garantiti dalla Carta costituzionale tedesca, dall'art. 8 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali e del GDPR.

Peraltro, ha rilevato il *Bundeskartellamt*, Facebook attraverso il ricorso a questa pratica è stata in grado di raccogliere una tale quantità di dati personali da porre l'azienda in una posizione di preminenza assoluta nel diverso versante di mercato rappresentato dalla vendita di servizi di pubblicità targettizzata, consentendo agli inserzionisti di sfruttare l'elevato grado di profilazione degli utenti del *social network* per proporre annunci a specifici gruppi di consumatori.

Per conseguenza, Facebook avrebbe sia leso la libertà di autodeterminazione informativa dei propri utenti sia pregiudicato il mercato concorrenziale dei servizi pubblicitari *online*, sfruttando la posizione di dominanza nel mercato dei dati, illecitamente acquisita.

La decisione è stata variamente commentata ed ha avuto alterne fortune nel vaglio giurisprudenziale⁴⁹. Facebook ha impugnato la decisione dinanzi al tribunale regionale superiore competente, l'*Oberlandesgericht Düsseldorf*. In sede cautelare, l'istanza sospensiva è stata accolta, ritenendo i giudici sussistenti evidenti incongruità nell'apparato motivazionale della decisione, con particolare riferimento alla prova del pregiudizio alla concorrenza e alla sussistenza di un nesso di causalità tra la condotta commerciale di Facebook e il *vulnus* concorrenziale⁵⁰.

⁴⁹ V. COLANGELO-M. MAGGIOLINO, *Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy through Competition?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, 8, 363; G. DAVOLA, "I vestiti nuovi dell'imperatore": il contenzioso tra il *Bundeskartellamt* tedesco, cit., p. 63; R. PARDOLESI-R. VAN DEN BERGH-F. WEBER, *Facebook e i peccati da «Konditionenmissbrauch»*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 3, 2020, pp. 507 ss.; C. OSTI-R. PARDOLESI, *L'antitrust ai tempi di Facebook*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2019, 195; A. GIANNACCARI, *Facebook e l'abuso da sfruttamento al vaglio del Bundesgerichtshof*, *ibidem*, 2020, 403-409.

⁵⁰ *Oberlandesgericht Düsseldorf*, decisione del 26 agosto 2019, VI-Kart 1/19 (V); *Bundeskartellamt c. Facebook*.

In buona sostanza, il tribunale ha ritenuto che non fosse affatto certo, in uno scenario controfattuale (*but-for*), che se anche i consumatori fossero stati messi nella condizione di graduare il livello di informazioni condivise con il *social network*, avrebbero scelto la soluzione più *privacy-preserving*. E in ogni caso, il consenso sarebbe stato raccolto da Facebook in maniera lecita, talché non si versava in una ipotesi di abuso di posizione dominante.

A sua volta, la decisione dell'*Oberlandesgericht Düsseldorf* è stata impugnata dinanzi alla Corte suprema federale tedesca, il *Bundesgerichtshof*, che ha di nuovo ribaltato la decisione, confermando quella del *Bundeskartellamt*⁵¹. Nella sentenza la Corte suprema ha affermato che le suddette condizioni contrattuali applicate da Facebook possono ben costituire un abuso di posizione dominante, indipendentemente dalla loro conformità al GDPR (così sfruttando la potenzialità del diritto antitrust di colpire anche comportamenti leciti, quando anticoncorrenziali).

Secondo i giudici, la fenomenologia dell'abuso sarebbe consistita nell'elisione della possibilità di scelta del consumatore (*fehlende Wahlmöglichkeit*), ovvero nella decisione di non offrire opzioni differenziate tra cui scegliere nella fruizione dei servizi di Facebook⁵².

La questione, tornata all'*Oberlandesgericht Düsseldorf* per la cognizione di merito, è stata subito rimessa, nell'aprile 2021, alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, che sarà perciò chiamata a districare la matassa che si è formata tra due dei più importanti plessi normativi del diritto unionale.

In dottrina è stato osservato come la decisione sostanzialmente recida il nesso causale tra la condotta e il pregiudizio alla concorrenza, arrestando l'indagine sull'abuso di posizione dominante sulla soglia della mera "compressione" della libertà di scelta del consumatore⁵³. Si tratta di una novità non di poco conto, considerato che il rigoroso vaglio del nesso di causalità costituisce da sempre un argine importante al rischio della *imprevedibilità* dell'intervento delle autorità di regolazione antitrust, già caratterizzato dall'operare *ex post*.

Pertanto, è tutto da dimostrare che i consumatori, posti nella possibilità di scegliere tra una esperienza del *social network* peggiore ma *privacy-preserving* e una esperienza migliore ma *privacy-sharing* prediligano la prima. Anzi, alcuni studi mostrano come i consumatori, nella più parte, *vogliono* essere profilati e

⁵¹ *Bundesgerichtshof*, decisione del 23 giugno 2020; KVR 69/19; *Facebook*.

⁵² *Ivi*, punto 103.

⁵³ A. WITT, *Excessive Data Collection as a Form of Anticompetitive Conduct – The German Facebook Case*, in *Antitrust Bulletin Jean Monnet Working Paper* 1/20, p. 33; G. DAVOLA, "I vestiti nuovi...", cit., p. 69; R. PARDOLESI E A., *Facebook e i peccati...*, cit., pp. 524-527.

ricevere pubblicità mirate⁵⁴. Perciò, correttamente è stato sollevato il problema del rischio di una supervalutazione del ruolo concorrenziale dei *privacy terms*⁵⁵.

Alla saga tedesca, come anticipato, si accompagna quella italiana, definita dal Consiglio di Stato con sentenza del 29 marzo 2021⁵⁶, che ha confermato una parte delle sanzioni inflitte a Facebook dall'AGCM in applicazione della normativa a tutela del consumatore⁵⁷.

In quel caso l'Antitrust italiana ha contestato a Facebook due pratiche commerciali scorrette: una pratica ingannevole⁵⁸, consistente nell'informazione inadeguata al consumatore sul trattamento dei dati personali (peraltro fuorviata dal *claim* "Facebook è gratis e lo sarà sempre" che campeggiava nella pagina di accesso), e una pratica aggressiva, consistente in un indebito condizionamento del consumatore, costretto ad acconsentire a che Facebook o soggetti terzi effettuassero la raccolta e il trattamento dei dati personali, tramite la pre-selezione del consenso⁵⁹.

Per conseguenza, l'Autorità aveva condannato Facebook al pagamento di una sanzione amministrativa pari a cinque milioni di euro per ciascuna pratica commerciale scorretta e alla pubblicazione di una dichiarazione rettificativa sulla pagina di accesso al sito.

Di fronte al giudice amministrativo, il provvedimento è stato in parte confermato, con riferimento alla prima delle due pratiche scorrette, e in parte demolito, con riferimento alla seconda, sia in primo grado che in secondo grado, con sentenze sostanzialmente sovrapponibili nel contenuto.

Per quanto qui ci occupa, è interessante evidenziare alcuni principi molto importanti che sono certamente destinati ad avere séguito.

Innanzitutto, il giudice amministrativo ha affermato la sussistenza di una violazione della normativa consumeristica per pratiche commerciali scorrette⁶⁰

⁵⁴ R. PARDOLESI, *ult. cit.*, p. 528.

⁵⁵ G. DAVOLA, *ult. cit.*, p. 68.

⁵⁶ Consiglio di Stato, Sez. VI, 29 marzo 2021, n. 2631.

⁵⁷ AGCM, Provvedimento n. 27432 del 29 novembre 2018.

⁵⁸ Ai sensi degli artt. 20, 21, 22 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo).

⁵⁹ Ai sensi degli artt. 20, 24, 25 del Codice consumo.

⁶⁰ In tal sede, il Consiglio di Stato ha ricordato che "l'espressione "pratiche commerciali scorrette" designa le condotte che formano oggetto del divieto generale sancito dall'art. 20 d.lgs. 206/2005 (recante il Codice del consumo, in attuazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 maggio 2005, n. 2005/29/CE). La finalità perseguita dalla direttiva europea consiste nel garantire, come si desume dal "considerando 23", un elevato livello comune di tutela dei consumatori, procedendo ad un'armonizzazione completa delle norme relative alle pratiche commerciali sleali delle imprese, ivi compresa la pubblicità sleale, nei confronti dei consumatori. 30/3/2021 39/44. Scopo della normativa è quello di ricondurre l'attività commerciale in generale entro i binari della buona fede e della correttezza. Il fondamento dell'intervento è duplice: da un lato, esso si ispira ad una rinnovata lettura della garanzia costituzionale della libertà contrattuale, la cui piena esplicazione si ritiene presupponga un contesto di piena "bilateralità", dall'altro, in termini analisi economica, la trasparenza del mercato è idonea ad innescare un controllo decentrato sulle condotte degli operatori economici

per il fatto che non v'era un *claim* chiaro sulla raccolta e l'uso a fini commerciali, talché l'informazione al consumatore era "non veritiera e fuorviante"⁶¹. Ciò tantopiù a fronte del fatto che il 98% del fatturato di Facebook deriva da pubblicità *online* per la quale gli inserzionisti sono disposti a pagare proprio per poter raggiungere *target* di utenti profilati.

In più, la sentenza ha delineato una sorta di obbligo di posizione in capo alla piattaforma, in quanto il fenomeno della patrimonializzazione del dato personale "impone" agli operatori di rispettare nei confronti del consumatore "obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni" poiché questi "deve essere reso edotto dello scambio di prestazioni che è sotteso alla adesione ad un contratto per la fruizione di un servizio quale è quello di utilizzo di un *social network*"⁶².

Infine, rigettando l'eccezione di incompetenza dell'Autorità antitrust formulata da Facebook⁶³, ha affermato la complementarità tra la disciplina della *privacy* e quella del consumo nell'ottica di sviluppo di un sistema di tutele multilivello del soggetto "interessato-utente-consumatore"⁶⁴.

Ora, si potrebbe rilevare che è un fatto che i dati personali, nella pratica del mercato, siano – da lungo tempo – considerati come una merce, una *commodity*. Ciò accade nonostante l'ordinamento euro-nazionale faticchi ad ammetterlo⁶⁵.

inefficienti". Perciò, "le politiche di tutela della concorrenza e del consumatore sono sinergicamente orientate a promuovere il benessere dell'intero sistema economico".

⁶¹ Tar Lazio n. 260/2020 cit., ripreso da Cons. Stato n. 2631 cit.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Facebook aveva eccepito il difetto assoluto di attribuzione del potere in capo all'Antitrust per il fatto che – essendo il servizio "genuinamente gratuito" – non si verteva nell'ipotesi di acquisto ai sensi della disciplina del consumo, ma semmai di trattamento dei dati personali, di competenza del Garante (nel caso, irlandese quale autorità capofila). Curioso è anche il fatto – seppur forse solo dovuto a strategia processuale – che Facebook invochi l'applicazione della disciplina sulla *privacy* per difendersi dalle contestazioni dell'Autorità. Il fatto potrebbe essere invocato per corroborare la tesi contenuta nei paragrafi precedenti: che la regolamentazione europea sia in realtà più "confortevole" per le grandi piattaforme digitali.

⁶⁴ "Ferma dunque la riconosciuta "centralità" della disciplina discendente dal GDPR e dai Codici della *privacy* adottati dai Paesi membri in materia di tutela di ogni strumento di sfruttamento dei dati personali, deve comunque ritenersi che allorquando il trattamento investa e coinvolga comportamenti e situazioni disciplinate da altre fonti giuridiche a tutela di altri valori e interessi (altrettanto rilevanti quanto la tutela del dato riferibile alla persona fisica), l'ordinamento – unionale prima e interno poi – non può permettere che alcuna espropriazione applicativa di altre discipline di settore, quale è quella, per il caso che qui interessa, della tutela del consumatore, riduca le tutele garantite alle persone fisiche". Il giudice, quindi, rigetta l'idea di "compartimenti stagni di tutela", verso "tutele multilivello", che amplifichino "il livello di garanzia dei diritti, anche quando un diritto personalissimo sia "sfruttato" a fini commerciali, indipendentemente dalla volontà dell'interessato-utente-consumatore". Così Cons. Stato n. 2631/2021 cit.

⁶⁵ Il dibattito che ha preceduto il *drafting* finale del considerando n. 24 della direttiva UE 770/2019 è, in questo senso, emblematico: la Commissione, nella sua proposta, qualificava la cessione dei dati come una "controprestazione", mentre il testo finale della direttiva afferma che i dati non possono essere considerati come una "merce". L'affermazione si risolve in una sorta di petizione di

Sul piano del diritto interno, perciò, l'intervento dell'AGCM ha consentito di affrontare il tema apertamente, seppur tramite l'*escamotage* della informazione ingannevole, e di affermare finalmente la complementarità tra i plessi normativi della *privacy*, del consumo e, si può considerare nello spirito dei provvedimenti giudiziari esaminati, anche antitrust.

Certo deve tenersi a mente che – comunque – una qualche differenza tra il pagamento di un servizio in 'dati personali' e il pagamento in 'denaro' continua a permanere: i dati, infatti, sono generalmente beni di tipo non-rivale; l'uso da parte di un soggetto non esclude la possibilità che un altro, contemporaneamente, utilizzi profittevolmente lo stesso dato, poiché l'uso non esaurisce la funzione né il dato stesso⁶⁶. In altre parole, mentre il pagamento in denaro determina un 'impoverimento' dell'acquirente (uno spostamento di valore monetario da un soggetto ad un altro), all'esito di un pagamento in dati entrambi i soggetti "possiedono" i dati scambiati.

Ad ogni modo, per quanto qui ci occupa, sebbene il "valore economico" del dato personale sia stato accertato e la sanzione sia stata inflitta, il problema dello sfruttamento intensivo dei dati personali (all'insaputa) degli utenti è destinato a permanere.

L'irrogazione di tali sanzioni o l'innalzamento del livello di informazione del consumatore (per quanto ciò possa realizzarsi per il tramite di una "dichiarazione rettificativa" pubblicata da Facebook per 20 giorni) difficilmente consentirà di riequilibrare il rapporto asimmetrico tra piattaforma e utente-consumatore. E dal momento che Facebook non accenna a mutare il proprio modello di *business*, c'è da attendersi che le conseguenze di tali decisioni saranno ancora una volta "scaricate" sul consumatore, che sarà chiamato, forse, a spuntare qualche casella in più prima di accedere al servizio di *social network*.

Le due saghe mostrano perciò ad un tempo, da un lato, la buona volontà dei regolatori antitrust nazionali, protesi ad allargare la base normativa d'appoggio dell'*enforcement* antitrust a tutela dei (non più) nuovi diritti nell'ambiente digitale, ma dall'altro però ne confessano anche il limite, risultando abbastanza chiaro come i due procedimenti siano stati attivati a mo' di *strategic litigation*, e cioè più per soddisfare esigenze di controllo sostanziale dei poteri privati che per una effettiva, efficace, tutela della concorrenza e dei consumatori.

principio, alla quale non consegue l'adozione di misure supplementari rispetto a quelle già disposte dal GDPR.

⁶⁶ A. GALIANO-A. LEOGRANDE-S.F. MASSARI-A. MASSARO, *I dati non personali: la natura e il valore*, in *Rivista informatica di informatica e diritto*, fasc. 1/2020, p. 63. Cfr. H. ZECH, *Information as Property*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, vol. 6, 2015, n. 3, p. 192; A. DE FRANCESCHI-M. LEHMANN, *Data As Tradable Commodity and New Measures for Their Protection*, in *The Italian Law Journal*, vol. 1, 2015, n. 1.

4.3 I *Big Data* (e gli algoritmi che li processano) come *essential facilities* nel mercato della pubblicità *online*

Se i precedenti appena evocati hanno fatto parlare di abbandono dell'approccio economico⁶⁷, l'istruttoria aperta dall'AGCM sulla pubblicità *online* sembra segnare il ritorno, con un più saldo ancoraggio agli istituti tradizionali e ai metodi econometrici.

Si è detto che negli ecosistemi digitali, l'estrazione e la raccolta dei dati personali (e non personali) costituiscono un "fattore di prezzo". Perciò più sono le informazioni raccolte sugli utenti, meglio le piattaforme possono soddisfarne le preferenze, diventando più efficienti.

Proprio di questo si dolgono gli operatori pubblicitari il cui esposto ha determinato l'apertura di un'inchiesta dell'AGCM a carico di Google⁶⁸, il quale avrebbe posto in essere una condotta di discriminazione interna-esterna, consistente nel rifiutare di fornire le chiavi di decriptazione dell'Id Google e nell'escludere la possibilità di tracciamento dei *pixel* di terze parti. Ciò, peraltro, a fronte del contestuale utilizzo, da parte delle proprie divisioni interne, di strumenti di tracciamento che consentono di rendere i servizi di *advertising* di Google in grado di raggiungere una capacità di targettizzazione che altri concorrenti, pur altrettanto efficienti, non sono in grado di replicare, così venendosi a determinare un ingiustificato vantaggio competitivo.

In buona sostanza, ciò che è oggi contestato a Google è... l'utilizzo dei dati a sua disposizione e negati ai concorrenti (perché pseudonimizzati o aggregati) per il miglior tracciamento dei propri clienti.

I *Big Data* vengono così considerati come risorse essenziali⁶⁹, perché "*da essi dipendono caratteristiche fondamentali del servizio reso, in particolare in termini di innovazione e/o di personalizzazione*". L'Autorità intraprende quindi l'irra strada della dottrina delle *essential facilities*, che la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha disseminato di ostacoli. Giova ricordare le fasi del test che è necessario superare prima di poter ritenere ammissibile la qualificazione di una risorsa alla stregua di una risorsa essenziale: anzitutto, si distingue tra mercato a monte e mercato a valle; dopodiché, occorre che l'impresa detentrici dell'*essential facility* sia dominante nel mercato a monte; quindi, che sia presente anche nel mercato a valle; infine, che l'accesso alla risorsa essenziale sia richiesto al fine di poter erogare un nuovo prodotto o servizio ai consumatori e che il diniego non sia sorretto da una giustificazione oggettivamente apprezzabile⁷⁰.

⁶⁷ R. PARDOLESI e a., *ult. cit.*, pp. 527 ss.

⁶⁸ AGCM, Provvedimento A542 del 20 ottobre 2020.

⁶⁹ Cfr. altresì l'*Indagine conoscitiva sui Big Data*, cit., pp. 109 ss.

⁷⁰ Cfr. S. MANNONI-G. STAZI, *Is Competition a Click Away?*, cit., p. 46.

Effettivamente da qualche tempo una certa dottrina aveva preconizzato la possibilità di trattare l'enorme quantità di dati estratta dalle grandi piattaforme come *essential facilities*⁷¹ e anzi qualche autore si è spinto a perorare la causa di un *data-sharing mandate* per le imprese in posizione dominante nei mercati digitali⁷². Questo pare essere il caso e lo svolgimento dell'istruttoria è tutto da seguire.

Ad ogni modo, a prescindere dall'esito del procedimento, quandanche fosse riconosciuta la natura di risorse essenziali dei dati in possesso di Google, bisogna osservare che probabilmente ciò non sarebbe sufficiente a liberare il mercato dal giogo del monopolio: è stato appropriatamente osservato che “sono gli algoritmi a conferire ed estrarre valore dai dati grezzi mediante l'analisi descrittiva, predittiva e prescrittiva”⁷³ e pertanto si dovrebbe prendere in considerazione l'ipotesi che sia la combinazione dei *Big Data* con *un certo algoritmo* ad erigere la barriera all'ingresso del mercato e quindi a porre i più seri problemi antitrust.

Il ragionamento, se portato agli estremi, finirebbe per includere l'algoritmo di Google nell'*essential facility* del mercato dell'*online advertising*, con rilevanti conseguenze sul piano antitrust: scenario, questo, che per il momento può essere preso in considerazione solo per pura speculazione teorica.

Quel che comunque appare sin da subito evidente è che l'approccio *privacy-oriented* che aveva caratterizzato la procedura intentata contro Facebook è in questo caso accantonato, in favore di uno più economico e di una garanzia della concorrenza, per così dire, “pura”.

In questo caso l'Autorità non si cura della possibile violazione del diritto alla *privacy*, né – più sottilmente – del rischio di compromissione della libertà di scelta del consumatore, ma si occupa solo della utilizzazione dei dati a fini di profilazione e, dunque, si pone al di là del bene e del male, al di là delle ragioni e delle modalità con cui tali dati sono stati raccolti.

Se da un lato tale decisione ha il pregio di riportare l'*enforcement* antitrust entro i canoni della prevedibilità, dall'altro occorre però evidenziare come il susseguirsi di approcci differenti rischi di qualificare l'intervento dell'Autorità come *randomico* e la protezione degli interessi ‘altri’, come la *privacy* (pur se

⁷¹ I. GRAEF, *Eu Competition Law, Data Protection and Online Platforms. Data as Essential Facilities*, Alphen an de Rijn, 2016, p. 259. Sul tema si veda anche COMMISSIONE EUROPEA, *Commission Staff Working Document on the Free Flow of Data and Emerging Issues of the European Data Economy*, 10 gennaio 2017, pp. 19-20.

⁷² V. MAYER-SCHOMBERGER-T. RAMGE, *Reinventing Capitalism in the Age of Big Data*, Parigi, 2018, p. 169. Cfr. S. MANNONI-G. STAZI, *Is Competition a Click Away?*, cit. p. 48, dove gli Autori sollevano – tra gli altri – un interrogativo fondamentale: risorsa essenziale è il dato o l'informazione? E se è l'informazione, “il concorrente che chiede di considerare i dati dell'impresa dominante come risorsa essenziale come può sapere quale informazione ne potrà ricavare?”.

⁷³ S. Mannoni-G. Stazi, *Is Competition a Click Away?*, cit., p. 48.

sempre intesa come forma di tutela della libertà economica del consumatore) solo occasionale.

4.4 Collusione algoritmica e intese 4.0

Si è accennato *supra* come nella *digital economy* i prezzi di beni e servizi siano frequentemente determinati dalle imprese senza l'intervento umano, essendo tali decisioni deferite ad algoritmi e a sistemi di intelligenza artificiale.

È stato osservato che tali algoritmi di prezzo, per la capacità di reagire *real-time* alle oscillazioni dei prezzi sul mercato, potrebbero finire per colludere fra loro, anche se non progettati per realizzare intese illecite, e allineare i prezzi ad un livello sovra-competitivo⁷⁴. Anzi, alcuni studi rivelano che questo è esattamente ciò che accade⁷⁵, sicché gli algoritmi sono sovente veri e propri “facilitatori” di illeciti antitrust⁷⁶.

In buona sostanza, la rapidità degli algoritmi di *pricing* nell'inseguire i prezzi dei concorrenti fa venire meno l'incentivo alla violazione di cartelli, così contribuendo alla loro stabilità. E infatti, mentre di norma i cartelli tendono all'instabilità, per la razionalità economica della scelta di una delle imprese del *trust* di non rispettare gli accordi orizzontali di fissazione dei prezzi (per acquisire così nuove quote di mercato), nei mercati in cui i prezzi sono fissati da algoritmi questo incentivo non c'è, o meglio non ha il tempo necessario per realizzarsi: se uno degli algoritmi concorrenti andasse in picchiata sul prezzo, gli altri lo seguirebbero senza ritardo⁷⁷.

Ora, laddove sia dimostrabile che tali algoritmi sono stati intenzionalmente congegnati per finalità collusive non è revocabile in dubbio l'applicabilità dell'art. 101 TFUE, essendo indifferente lo strumento con il quale è stato deliberatamente prodotto l'effetto anticoncorrenziale⁷⁸.

Più complesso è il caso in cui gli algoritmi esprimano una sorta di volontà propria, interrompendo il nesso di causalità tra l'evento anticoncorrenziale e la decisione dell'impresa di dotarsene. In tali casi, gli algoritmi auto-educati

⁷⁴ L. CALZOLARI, *La collusione fra algoritmi nell'era dei big data: l'imputabilità alle imprese delle "intese 4.0" ai sensi dell'art. 101 TFUE*, in *MediaLaws. Rivista di diritto dei media*, fasc. 3/2018, pp. 219 ss.

⁷⁵ E. CALVANO, G. CALZOLARI, V. DENICOLÒ, J.E. HARRINGTON JR., S. PASTORELLO, *Protecting consumers from collusive prices due to AI*, cit.

⁷⁶ L. CALZOLARI, *La collusione fra algoritmi nell'era dei big data...*, cit., pp. 221 ss.

⁷⁷ Cfr. A. EZRACHI-M.E. STUCKE, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Cambridge, 2016, pp. 39-45; A. ITTOO-N. PETIT, *Algorithmic Pricing Agents and tacit Collusions: A Technological Perspective*, in *L'intelligence artificielle et le droit*, Bruxelles, 2017, pp. 241-256.

⁷⁸ Si danno già alcuni casi: DEPARTMENT OF JUSTICE, *Press release* 6 aprile 2015, *Former E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division's First Online Marketplace Prosecution*; *Caso Meyer v. Uber Technologies, Inc.* No. 16-2750 (2d Cir. 2017); CGUE, C-74/14, *Eturas* (2016); citt. in L. CALZOLARI, *La collusione fra algoritmi nell'era dei big data...*, cit., pp. 223.

tramite sistemi di *machine learning* e di *reinforcement learning* eccedono il mandato loro conferito dall'impresa e si spingono a pratiche collusive, allocando i prezzi – come si è detto – a livelli sovracompetitivi.

Tale scenario rischia di sfuggire al campo di applicazione delle regole antitrust, oscillando gli interpreti tra la riconduzione del caso sotto la categoria della collusione tacita, lecita, e la categoria della pratica concordata, invece sanzionabile.

I primi sostengono la centralità dell'elemento volontaristico (umano, il *meeting of the mind*) per il realizzarsi dell'illecito anticoncorrenziale, e quindi escludono che “la macchina possa delinquere”. I secondi, invece, si concentrano sull'effetto anticompetitivo, valorizzando il fatto che l'impresa che ha scelto di dotarsi di un algoritmo di *pricing* abbia in qualche modo “accettato il rischio” che questo potesse iniziare a colludere (*meeting of the algorithms*)⁷⁹, così ritenendo comunque configurabile la fattispecie della pratica concordata.

Ora, a prescindere dall'orientamento che assumeranno sul punto le autorità di regolazione, si può rilevare come, di nuovo, i paradigmi classici del diritto antitrust abbiano difficoltà a fronteggiare queste sfide: da una parte, accedendo all'idea per cui *machina delinquere non potest*, il rischio è di rinunciare al controllo antitrust sulle decisioni algoritmiche, dall'altro, il rischio è di forzare il sistema, accedendo a criteri di imputazione di responsabilità sostanzialmente oggettivi, senza colpa.

Probabilmente, questo sarà uno dei casi in cui trovare una terza via. Fintanto che gli algoritmi opereranno dal solo lato dell'offerta⁸⁰, solo una regolazione *ex ante*, che costringa ad interiorizzare⁸¹ la *compliance* antitrust fin dalla fase della progettazione dell'algoritmo, potrà essere in grado di correggere le distorsioni della concorrenza. Scenari, questi, forse non così remoti, visto il cambio di paradigma che l'Unione europea sembra voler abbracciare con la proposta di *Digital Markets Act*.

4.5 Concorrenza *nel* mercato, concorrenza *al* mercato

Secondo alcuni, la pandemia ha solo mostrato le grandi piattaforme digitali per quello che sono veramente: le *public utilities* del ventunesimo secolo⁸². Talvolta infatti questi giganti della tecnologia non si pongono come meri erogatori di

⁷⁹ S. MANNONI-G. STAZI, *Is Competition a Click Away?*, cit., p. 52.

⁸⁰ Suggestivo, e forse non così lontano, è lo scenario di un algoritmo dal lato della domanda che “protegga” i consumatori e il mercato dagli abusi compiuti dagli algoritmi sul lato dell'offerta. A quel punto, nell'era dei consumatori algoritmici, il mercato potrebbe forse tornare ad autoregolarsi.

⁸¹ A. SIMONCINI-S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, fasc. 1/2019, p. 103.

⁸² M. SCOTT, *Coronavirus crisis shows Big Tech for what it is – a 21st century public utility*, on www.politico.eu, 25th March 2020; W. LIU, *Coronavirus has made Amazon a public utility – so we should treat it like one*, on *The Guardian*, 17th April 2020.

pur importanti servizi digitali, ma bensì come vere e proprie infrastrutture, recitando due parti in commedia: ad un tempo *competitor* e *marketplace*. Essi sono insofferenti alle regole antitrust perché più che competere *nel* mercato, fanno concorrenza “*al* mercato”⁸³. Si pongono cioè essi stessi come mercato, come infrastruttura tecnologica all’infuori della quale non ci può essere concorrenza. Si pensi ad esempio al già citato mercato delle inserzioni pubblicitarie: come può oggi un’impresa pensare di fare a meno della propria presenza su *Google*, di fare investimenti pubblicitari senza passare da *Google Ads* o *Facebook*?

Il punto cruciale è che se fino ad oggi le *digital platforms* ponevano un problema di concorrenza *inter privatos*, dopo la pandemia esse pongono un inedito problema di concorrenza pubblico-privato nell’erogazione di servizi tradizionalmente ‘pubblici’ (a prescindere dal modulo di gestione poi prescelto) e perfino nella soddisfazione di alcuni diritti costituzionali.

In altre parole, gli Stati e le istituzioni si sono trovati a non potere garantire l’istruzione, l’amministrazione della giustizia, importanti presidi di tutela della salute, la prestazione di moltissimi servizi della pubblica Amministrazione (e la lista potrebbe lungamente continuare) senza *Google*, *Apple*, *Microsoft* ecc.

Il fatto richiede ben più di un mero “avallo” giuridico (cioè di una legittimazione *ex post*), tantopiù se si considera l’impatto che ormai da tempo le tecnologie hanno sui diritti e le libertà fondamentali. In questo senso, la pandemia ha solamente consentito di mettere meglio a fuoco un problema che già c’era.

La questione del superpotere delle grandi piattaforme digitali, e specificamente delle *Big Tech*, è stata al centro delle *hearings* del Congresso americano del luglio 2020⁸⁴ ed è oggetto della grande causa civile avviata dal *Department of Justice* americano contro *Google* per violazione del diritto antitrust⁸⁵. Non si tratta di iniziative isolate. Negli ultimi tempi si sono infatti moltiplicate le petizioni per una operazione di definitivo *break up* di queste *corporations*, al fine di consentire una regolazione differente tra il momento in cui esse si comportano come *competitors in the market* e quando invece si comportano come infrastruttura, come *marketplace*⁸⁶.

⁸³ Cfr. L. KHAN, *Amazon’s Antitrust Paradox*, cit., pp. 710 ss.

⁸⁴ C. ALBANESIUS, M. KAN, *Tech Execs Face Congress: 9 Big Takeaways, 29th July 2020*, su <https://www.pcmag.com/news/apple-amazon-bezos-google-pichai-zuckerberg-facebook-house-judiciary-antitrust>.

⁸⁵ Cfr. <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-monopolist-google-violating-antitrust-laws>.

⁸⁶ Una delle protagoniste della lotta contro il potere delle Big Tech è la Senatrice Elisabeth Warren, candidata alle primarie democratiche fino al marzo 2020, quando ha ritirato la sua candidatura. In un suo discorso, divenuto molto popolare negli USA, ha affermato: “*Today’s big tech companies have too much power — too much power over our economy, our society, and our democracy. They’ve bulldozed competition, used our private information for profit, and tilted the playing field against everyone else.*”

Anche in Europa, la questione è attualmente posta al vaglio del Tribunale dell'Unione europea sulla possibilità di considerare, in certi casi e a certi fini, le *digital platforms* alla stregua di *essential facilities*. In tale caso l'impugnativa, promossa non a caso da Google, riguarda la decisione della Commissione europea con la quale le è stata inflitta un'ammenda di 2,42 miliardi di euro per aver abusato della sua posizione dominante come motore di ricerca, conferendo un vantaggio illegittimo al proprio servizio di acquisti comparativi⁸⁷.

L'idea di considerare, quantomeno in certi settori, i servizi erogati dalle grandi piattaforme come *essenziali* è permeata fino alla recente proposta di Regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale. In particolare, il punto n. 5 dell'*Annex III* annovera i *servizi privati essenziali* erogati tramite sistemi AI come *high-risk*, facendoli perciò soggiacere ad un regime normativo molto più stringente⁸⁸. Si tratta di una presa d'atto importante, che potrebbe avere più di una ricaduta sul regime di responsabilità delle grandi piattaforme digitali.

5. Conclusioni per un recupero (o una ricerca) del fondamento costituzionale della disciplina della concorrenza nell'era digitale

Ad uno sguardo di sintesi, la regolazione antitrust nella *digital economy* pare costretta a confessare la propria natura anfibia: da un lato l'approccio puramente economico, monoculare, volto solo a "lubrificare"⁸⁹ il mercato, dall'altro l'approccio cosiddetto welfarista, binoculare, proteso invece a tutelare –

[...] *To restore the balance of power in our democracy, to promote competition, and to ensure that the next generation of technology innovation is as vibrant as the last, it's time to break up our biggest tech companies*". La versione integrale è disponibile al seguente link: <https://medium.com/@teamwarren/heres-how-we-can-break-up-big-tech-9ad9e0da324c>.

⁸⁷ Caso AT.39740 *Google search (Shopping)*, decisione della Commissione del 27 giugno 2017, disponibile all'indirizzo: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740. Successive cospicue ammende, anche se non certo preoccupanti per i bilanci di *Google*, sono state inflitte nel 2018 e nel 2019. In particolare, nel luglio 2018 la Commissione aveva inflitto a *Google* un'ammenda di 4,34 miliardi di EUR per pratiche illegali riguardanti i dispositivi mobili *Android* volte a rafforzare la posizione dominante del motore di ricerca di *Google*. Vd. Caso AT.40099 *Google Android*, decisione della Commissione del 18 luglio 2018, disponibile all'indirizzo: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40099. Nel marzo 2019, la Commissione ha inflitto a *Google* un'altra ammenda pari a 1 494 459 000 euro per aver abusato della propria posizione dominante sul mercato imponendo una serie di clausole restrittive nei contratti con siti web di terzi. Tale condotta illegale si è protratta per oltre 10 anni, impedendo ai concorrenti di *Google* di inserire su tali siti le proprie pubblicità collegate alle ricerche. Vd. Caso AT.40411 *Google Search (AdSense)*, decisione della Commissione del 20 marzo 2019, disponibile all'indirizzo: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40411.

⁸⁸ Cfr. anche il considerando n. 37 della *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down armonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain union legislative acts* del 21 aprile 2021, disponibile al seguente link: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence-artificial-intelligence>.

⁸⁹ R.H. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law & Economics*, 1960, n. 3, p. 1.

insieme alla concorrenza – anche interessi ‘altri’, come la tutela del consumatore o la *privacy*⁹⁰.

Si suole negare tale contrapposizione sull’assunto che la tutela di tali interessi altri sia comunque funzionale allo sviluppo del mercato e che essa consenta invece di rimuoverne i fallimenti, come le asimmetrie informative e i fenomeni della *adverse selection* e del *moral hazard*. Difficile però negare che gli oneri di protezione (del contraente debole, della *privacy*, dell’ambiente ecc.) siano percepiti dal mercato come un ‘costo’, da appiattare sempre più.

E il compromesso, tra esigenze del mercato e tutela dei diritti fondamentali, avviene spesso al ribasso, in danno del consumatore. Lo strumento con cui tale danno è perpetrato è solitamente la “captazione” del consenso al trattamento dei dati personali, che – nell’ambiente *online* – non è che un simulacro di una consapevole manifestazione di volontà.

Crescono, nell’era degli algoritmi, profonde *asimmetrie* (non solo informative) e diseguaglianze⁹¹. E ciò spesso proprio grazie alla presunzione di una eguale capacità di autodeterminazione delle parti “contraenti” *online* (ciò che l’autonomia privata generalmente presuppone).

Il tema della prestazione del consenso negli ambienti digitali è, in questo senso, emblematico. Infatti, è esperienza comune che alla fruizione dei servizi in rete non si accompagni un’attenta lettura e la consapevole accettazione dei termini di servizio o delle condizioni d’uso. Piuttosto l’utente è continuamente “costretto a mentire”, dichiarando di aver letto ciò che invece non ha, forse, neppure notato. Senza considerare che, poi, l’accettazione si considera perfezionata – molto spesso – con il semplice avvio dell’utilizzo del servizio, col che l’autodeterminazione informativa ne riesce del tutto compromessa⁹².

Il problema pare affondare in una asimmetria informativa strutturale e permanente tra piattaforma e utente, non avviabile né con più stringenti regole di validità sui vizi del consenso, né – ad avviso di chi scrive – gravando le piattaforme di obblighi informativi supplementari. Queste avrebbero gioco facile a “sommeregere” gli utenti di pagine piene di diritti, ma prive di immediatezza e

⁹⁰ G. AMATO, *Tutela della concorrenza o tutela dei consumatori. Due fini confliggenti?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2009, pp. 381 ss.; cfr. A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXI, Milano, 1971, p. 602; M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione italiana*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, pp. 52 ss., il quale afferma che la tutela dell’utilità sociale non è appena un limite esterno al principio di concorrenza, ma bensì un limite ad esso interno.

⁹¹ A. SIMONCINI, *L’algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Bio-Law Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 1/2019, pp. 63 ss.; cfr. J. HASKEL, S. WESTLAKE, *Capitalism without Capital. The Rise of Intangible Economy*, Princeton-Oxford, 2018.

⁹² Eppure, un quadro di regolamentazione nel quale la libertà del consenso sia significativamente protetta parrebbe esistere. Anzitutto, se si muove dall’idea che una qualche forma di rapporto giuridico si instauri, la libera formazione della *voluntas contrahendi* (il *Wille*) è tradizionalmente tutelata dall’impalcato civilistico dei vizi del consenso, pure “allargato” dalla teoria dei c.d. vizi incompleti.

comprensibilità⁹³. Sotto questo profilo, occorrerebbe avviare una riflessione sulla maggiore debolezza dell'*utente* rispetto al *consumatore*, quasi fossero due distinte situazioni giuridiche.

Si è sostenuta in certi ambienti (e nello stesso senso va anche il GDPR⁹⁴) l'opportunità di potenziare gli oneri informativi a carico del titolare del trattamento in relazione alla c.d. granularità del consenso dell'interessato⁹⁵, facendo in modo che esso sia espresso nella maniera più specifica possibile.

Nella stessa direzione sembra andare anche la già citata proposta della Commissione europea di *Digital Markets Act*. L'articolo 5, rubricato *obblighi dei gatekeeper*, prescrive che il *gatekeeper* “*si astiene dal combinare dati personali ricavati da tali servizi di piattaforma di base con dati personali provenienti da qualsiasi altro servizio offerto dal gatekeeper...*”. Ciò, però, “*a meno che sia stata presentata all'utente finale la scelta specifica e che quest'ultimo abbia prestato il proprio consenso*”⁹⁶.

Senonché, una operazione di sostituzione di un consenso globale delle condizioni generali (o dei termini d'uso) con tanti specifici consensi rischia di risolversi in una consapevolezza ancor minore delle scelte effettuate.

Occorre piuttosto riempire di significato nuovo il concetto di ‘speciale responsabilità’ dell'impresa in posizione dominante, gravando i *digital private powers* di più incisivi obblighi di ‘protezione’, e non di mera informazione, nei confronti degli utenti, che tengano conto della *dimensione costituzionale* dei diritti coinvolti dalle loro attività economiche e della *funzione – lato sensu – pubblica* cui essi oggi assurgono⁹⁷.

A questo fine, un approccio meramente mercantilistico, pur se improntato alla correzione delle asimmetrie strutturali e funzionali dei rapporti giuridici *online*, non può più ritenersi adeguato.

Già nel 1977, Cesare Massimo Bianca giungeva a questa conclusione con riferimento a quelle che chiamava “autorità private”. In particolare, accanto alle autorità private di diritto, egli rappresentava le autorità private di fatto, e cioè quei “*poteri decisionali che non sono fondati su particolari prerogative*”

⁹³ Circa il grado di consapevolezza degli utenti delle piattaforme digitali in relazione alla cessione e all'utilizzo dei propri dati individuali, si veda l'*Analisi della propensione degli utenti online a consentire l'uso dei propri dati a fronte dell'erogazione di servizi* condotta dall'AGCM nel mese di febbraio 2018, che mostra – addirittura forse sottostimando il fenomeno – come una larga prevalenza degli utenti sia del tutto ignara delle condizioni di servizio “accettate”.

⁹⁴ Considerando n. 32; art. 6, par. 1, lett b), del Regolamento UE; cfr. Garante per la protezione dei dati personali, Provvedimento n. 130 del 21 giugno 2019.

⁹⁵ G. RESTA E V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit.

⁹⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di regolamento relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (Digital Markets Act)*, del 15 dicembre 2020, disponibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=it>.

⁹⁷ F. MEZZANOTTE, *I poteri privati nell'odierno diritto dello sviluppo economico*, in *Politica del diritto*, 3, 2018, p. 508.

*giuridiche ma solo su posizioni di forza economico-sociale*⁹⁸. Quando tali poteri si pongono contro l'ordinamento e le sue leggi, la tutela dei cittadini è affidata all'apparato repressivo, fatto di sanzioni penali ed amministrative. Accade tuttavia che tali "poteri autoritari di fatto" esprimano "l'esistenza di un centro di forza socio-economica che impone le sue decisioni avvalendosi proprio delle comuni posizioni giuridiche di libertà e di autonomia ugualmente spettanti ai privati" (ciò che esattamente accade oggi, nell'ambiente digitale).

Così, avvertiva il Bianca, una soluzione in termini di indifferenza giuridica appare quantomeno semplicistica in relazione alle istanze che emergono dalla realtà sociale e che trovano invece uno specifico spunto nel principio costituzionale di eguaglianza effettiva, sostanziale⁹⁹.

Ecco che allora potrebbe soccorrere, quantomeno sul piano del diritto domestico, un recupero dell'autentico fondamento costituzionale del diritto *anti-trust*, poco ricercato e mai definitivamente fissato¹⁰⁰.

Com'è noto, nella Carta del '48 la tutela della concorrenza semplicemente non c'era¹⁰¹. Anzi, semmai la Costituzione strizzava l'occhio all'economia pianificata. Neppure il fondamento può oggi essere reperito nella (sola) tutela della proprietà e dell'impresa, ancorché funzionalizzate all'interesse sociale.

Piuttosto, di fronte all'erompere dei grandi poteri privati, quel che occorre è un recupero del significato della concorrenza come *mezzo* (e non come fine),

⁹⁸ C. M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 55.

⁹⁹ *Ivi*, p. 56.

¹⁰⁰ G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in M. AINIS-G. PITRUZZELLA, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari, 2019, pp. 9 ss.

¹⁰¹ S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, 2021, pp. 17 ss.

al servizio della libertà¹⁰² e dell'uguaglianza¹⁰³, intesa quest'ultima sia come *uguaglianza dei punti di partenza* delle imprese sul mercato (ormai tutte sotto il giogo della dipendenza economica dalle grandi piattaforme)¹⁰⁴, sia come uguaglianza del debole e del forte, come parità delle armi, come realizzazione della "aspirazione a non essere assoggettati all'altrui autorità di diritto come anche di fatto"¹⁰⁵. Si parli di imprese, si parli di persone, il compito del costituzionalismo è quello di "catturare nuovamente quel potere che molti secoli addietro avevano saputo subordinare al diritto e funzionalizzare ai diritti", rifuggendo "i rischi di un costituzionalismo *irenico* che si limiti a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie alla giurisdizione (anzi: alle giurisdizioni)" e tornando "ad un costituzionalismo *polemico* che si misuri con il potere"¹⁰⁶.

E solo un più saldo ancoraggio della disciplina antitrust ai principi di libertà, solidarietà e uguaglianza, fissati ai primissimi articoli delle carte fondamentali a livello europeo e nazionale, consentirà di approdare a quell'idea di

¹⁰² E' stato osservato che "le linee interne dell'evoluzione della disciplina sulla concorrenza" fanno registrare "un progressivo slittamento dalla tutela della *libertà*, al tempo stesso economica e politica, rispetto ai rischi derivanti dallo strapotere delle grandi aggregazioni industriali, alla promozione dell'*efficienza*, rivolta invece alla salvaguardia delle strutture di mercato e tradottasi nell'attribuzione agli attori della regolazione del potere di ponderare la tutela della libertà con le esigenze associate al perfezionamento dei processi produttivi". Così G. REPETTO, *A cosa serve il principio di concorrenza?*, in *Diritto costituzionale*, fasc. 1/2021, p. 103. Cfr. anche G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è altro oltre l'efficienza economica?*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3/2019, p. 602, che rileva: "la struttura pienamente concorrenziale doveva servire non soltanto a realizzare l'efficiente allocazione delle risorse, ma soprattutto, e questo era di centrale importanza nel pensiero ordoliberal, a garantire una società libera in cui lo Stato non cadesse preda degli interessi riferibili alle grandi concentrazioni di potere economico". Ed è a questa sorta di ritorno alle origini del diritto antitrust, a questa sorta di "populismo" antitetico alle concentrazioni di potere che – prima che il pensiero ordoliberal – ispirò gli autori dello *Sherman Act* e del *Clayton Act*, che sembra ispirare il movimento della cosiddetta *Hipster antitrust*; cfr. R. PARDOLESI, *Hipster antitrust e sconvolgimenti tettonici: back to the future?*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, fasc. 1/2019, pp. 81 ss.; C. SHAPIRO, *Antitrust in a Time of Populism*, in *International J. Industrial Organization*, 714, 6, 2018; L. KHAN, *The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate*, in *Journal of Competition Law*, 131, 9, 2018.

¹⁰³ M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in M. AINIS-G. PITRUZZELLA, *I fondamenti...*, cit., pp. 52 ss.; G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998, pp. 8 ss.

¹⁰⁴ Nell'esercizio delle proprie funzioni di *advocacy*, l'AGCM ha proposto – in occasione della proposta di legge sulla concorrenza per il 2021 – proprio l'applicazione della disciplina in materia di abuso di dipendenza economica, ai sensi dell'art. 9 della legge sulla sub-fornitura alle grandi piattaforme. Si legge nella proposta a p. 56: "L'Autorità auspica un'integrazione dell'articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, volta a rendere le previsioni relative all'abuso di dipendenza economica più appropriate ed efficaci rispetto alle caratteristiche e, in particolare, al potere di intermediazione delle grandi piattaforme digitali".

¹⁰⁵ C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 56.

¹⁰⁶ Così M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, IV, 2006, p. 1668.

concorrenza policentrica e sostenibile, che valorizzi, oltre ai fattori di prezzo, anche paradigmi altri, senza scadere nell'hipsterismo regolatorio¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Il riferimento è ai rischi di politicizzazione della cosiddetta *Hipster antitrust*; cfr. R. PARDOLESI, *Hipster antitrust e sconvolgimenti tettonici: back to the future?*, cit., pp. 81 ss.