

AUTORITÀ INDIPENDENTI E ALGORITMI: UNA FAMIGLIA DISFUNZIONALE*

GIOVANNA DE MINICO**

Sommario

1. I punti di snodo del ragionamento. - 2. Riflessioni sul rifiuto dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni di regolare la Rete. - 3. Come gli algoritmi modificano i paradigmi della *Lex mercatoria*? - 4. Verso l’interpretazione teleologicamente orientata della *Lex mercatoria*. - 5. L’abuso di posizione dominante riscritto dagli algoritmi. - 6. Le sanzioni oltre le competenze: tra privacy e *competition*. - 7. Verso un nuovo rapporto tra le Autorità indipendenti. - 8. E il cerchio si potrebbe chiudere a condizione di...

Abstract

Does Artificial Intelligence change the regulatory and oversight functions of the A.G.Com. and A.G.C.M.? Could a technologically oriented interpretation extend disciplines originally written for off-line markets to online anti-competitive behaviors?

Finally, does coordination between Authorities require the European Artificial Intelligence Board? Or can this aim be reached thanks to a dialogue between existing Authorities? Indeed, the latter solution could point to an unprecedented convergence of fundamental freedoms with economic rights both at the European and national levels.

Suggerimento di citazione

G. DE MINICO, *Autorità indipendenti e algoritmi: una famiglia disfunzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il contributo costituisce la rielaborazione delle relazione di discussione 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).

** Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università degli studi di Napoli “Federico II”.
Contatto: giovanna.deminico@unina.it

1. I punti di snodo del ragionamento

L'ambito materiale rimesso al governo delle Autorità indipendenti¹ è il terreno dove libertà fondamentali e diritti economici cercano una misura di equilibrata coesistenza. Questo compito regolatorio è affidato a soggetti diversi per collocazione e identità: sovranazionali e nazionali, politicamente rappresentativi e neutrali.

Sul terreno delle regole notiamo che il discorso normativo, avviato dalle fonti europee, è stato recepito e sviluppato negli atti normativi primari degli Stati membri, e poi completato dai regolamenti delle Autorità in esame. Questi ultimi prescrivono in termini astratti e generali a imprese e individui i comportamenti da tenere, la cui osservanza condiziona il corretto esercizio del libero pensiero, della riservatezza, dell'iniziativa economica e di altri diritti ancora. Una volta che le Autorità abbiano chiuso le fattispecie astratte accennate dal legislatore, provvederanno a controllare che i comportamenti di individui e d'impresa siano conformi con queste regole. In caso contrario, le Autorità ordineranno loro di adeguare la condotta illecita al modello giuridico disegnato *ex ante* nei propri regolamenti.

Se un eccesso di regole cogenti perimetra l'azione delle Autorità, l'assenza assoluta di regole o la presenza di diritto non imperativo è il contesto entro cui si muovono quando vigilano sulle condotte dei privati orientate dagli algoritmi. Infatti, fatti salvi gli atti di *soft law* o le norme *in fieri*, l'ordinamento europeo è latitante in materia, perché sul terreno del diritto privato non ha ancora disciplinato il rapporto tra algoritmo e condotta privata; parimenti sul terreno pubblico non ha perimetrato la *room of discretionality* del decisore autoritativo; né tratteggiato una procedura algoritmica preordinata a un provvedimento trasparente, imparziale e sottoponibile a una *judicial review* sensibile al merito.

Stante i vuoti di disciplina primaria, le A.I. devono necessariamente esibire un atto legislativo a fondamento dei propri poteri regolatori o possono agire in assenza di abilitazione?

Risponderemo a questa domanda in seguito, la abbiamo però posta sin dalle prime battute in quanto essa è un nodo centrale del ragionamento intorno a questi temi.

2. Riflessioni sul rifiuto dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni di regolare la Rete

La nostra indagine riguarderà principalmente l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni² e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato³; la

¹ Da ora indicate con l'acronimo A.I.

² Da ora indicata con l'acronimo: A.G.Com.

³ Da ora indicata con l'acronimo: A.G.C.M.

trattazione separata delle due Autorità è suggerita, non da ragioni di materia, ma dal diverso stato dell'arte dei rispettivi poteri normativi e di ordine.

In primo luogo, l'A.G.Com. attende a compiti regolatori, poi a quelli di vigilanza sulle condotte degli operatori operanti nel settore dell'informazione⁴ e dintorni. Il modello astratto di comportamento, che il legislatore consegna all'Autorità, è una fattispecie a formazione progressiva, cioè un *genus* aperto a successive integrazioni. Gli interventi dell'A.G.Com. sono pertanto diretti a riempire gli spazi lasciati in bianco dalla disposizione primaria in modo da esaurire ogni discrezionalità comportamentale, dettando ai regolati modelli di condotta sufficientemente prescrittivi che consentono a ciascuno di conoscere in anticipo cosa è vietato e cosa no.

Questo archetipo – disposizione di legge ridotta a una norma quasi in bianco, eccetto che per la competenza, e regolamento costitutivo del contenuto della prima – non ricorre quando l'Autorità manca addirittura di una formale attribuzione della potestà normativa. Pertanto, in questi casi l'Autorità si è dovuta astenere dal dire il diritto, lamentando il difetto di abilitazione in materia, cosa che ha fatto rispetto alla pubblicità elettorale in rete.

In via preliminare, ricordiamo la specificità di Internet, intollerante ai trasporti automatici di regole dal mondo degli atomi a quello dei bit, circostanza, questa, che ha avuto il suo peso in occasione delle campagne informative preordinate agli appuntamenti elettorali. Le ultime europee, ad esempio, non furono coperte da una disciplina cogente su autore, modalità e limiti della pubblicità elettorale *on line*⁵; un silenzio assordante, quello dell'Autorità, dovuto alla legge n. 28/2000, che, non assegnandole il compito che sarebbe stato ragionevole riservarle, la condannava a tacere. Così illeciti, neppure immaginabili al tempo della *par condicio* – *fake news*⁶ e *filter booble*⁷ – sono accaduti, si sono

⁴ Quanto alla costruzione giuridica della funzione regolatoria delle Autorità ci sia consentito rinviare al nostro studio: *Regole. Comando e Consenso*, Giappichelli, 2005, in part. al cap. I; quanto al potere ordinatorio dell'A.G.C.M., riflessioni, queste, vevolei anche per l'A.G.Com., rinviamo a un nostro lavoro monografico: *Antitrust e Consob. Obiettivi e Funzioni*, Cedam, 1997, in part. al cap. I. Mentre, sullo specifico tema dei regolamenti A.G.Com. in Internet si veda: M. GIANNELLI, *Poteri dell'AGCOM e uso degli algoritmi. Tra innovazioni tecnologiche ed evoluzioni del quadro regolamentare*, in *Osservatorio sulle fonti*, n.2/2021, in <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

⁵ A.G.Com., *Linee guida per la parità di accesso alle piattaforme online durante la campagna elettorale per le elezioni politiche 2018*, in <https://www.agcom.it/documents/10179/9478149/Documento+generico+01-02-2018/45429524-3f31-4195-bf46-4f2863af0ff6?version=1.0>. Si vedano anche gli *Impegni assunti dalle società esercenti le piattaforme on line per garantire la parità di accesso dei soggetti politici alle piattaforme digitali durante la campagna elettorale per le elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia – 2019*, che costituiscono un esempio deludente di autoregolazione dell'informazione elettorale per le ragioni indicate nel testo.

⁶ Per un'impostazione innovativa si veda: M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, Aracne, Roma, 2019, pp. 299 e ss.

⁷ Interessante la definizione datane dal vocabolario Treccani, in https://www.treccani.it/vocabolario/filter-bubble_res-b92bdbdc-89c2-11e8-a7cb-00271042e8d9_%28Neologismi%29/.

ripetuti, e sono divenuti eventi di ordinaria amministrazione in rete; mentre la genuinità del consenso dell'elettore, caro alle Corti Supreme⁸, è stata sacrificata in nome dell'anarchia della rete. Si è trattato di artifici algoritmici che hanno moltiplicato all'infinito il numero di inesistenti *follower* di un *eligendo* o che hanno conformato il suo messaggio politico ai gusti e alle inclinazioni dei probabili elettori, non diversamente da come si farebbe per pubblicizzare un dentifricio. Grazie a questa tecnica comunicativa, non priva di pericoli per la democrazia, l'immagine del candidato si fraziona in una pluralità di fotogrammi per poi ricomporsi in un gioco infinito di specchi, in cui il convincimento del votante è lontano da quel genuino consenso, richiesto dalle Corti Supreme, perché il candidato si presenta a lui diverso da come sarebbe in assenza della finzione tecnologica. Tutto ciò che sapremo su di lui è solo una minima parte di quello che dovremmo sapere: è un frammento della sua vera identità. Siamo posti di fronte a un'informazione politica monocolora, rassicurante nella misura in cui non contempla l'alterità rispetto a noi, perché è stata impoverita dei contenuti non riconducibili al patrimonio culturale di chi la riceve.

Il codice di autoregolazione di Facebook⁹, al quale gli *eligendi* si sarebbero dovuti attenere a tutela della corretta competizione politica, non protegge il bene assoluto di questa particolare forma di manifestazione del pensiero. Eppure, l'atto di autoregolazione richiamava la *par condicio*, ma solo come un alibi per nascondere il vero obiettivo: accumulare spot pubblicitari nelle mani di pochi e a discapito dei molti che non potevano acquistarli. Così il *far west* della comunicazione in Internet confondeva la pubblicità politica con quella commerciale in un'impropria coincidenza di finalità e terreni, che invece andavano mantenuti distinti perché riferiti a diritti diversi. La pubblicità politica, preordinata a difendere l'*equal access* dei candidati, rimanda al diritto fondamentale

⁸ In proposito si legga la *Décision n° 2018-773 DC du 20 décembre 2018*, in <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018773DC.htm>, in merito alla « *Loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information* ». Tale pronuncia in nome « *du principe de sincérité du scrutin* » sottrae all'incostituzionalità la legge richiamata nella parte in cui assegnava ampi poteri di pulizia dei siti alle piattaforme per prevenire la falsa informazione elettorale, ma la stessa disciplina imponeva alle piattaforme anche l'obbligo di rendere trasparenti gli algoritmi impiegati: in part. si legga il par. 83 della decisione: « *Ils doivent également mettre en œuvre des mesures complémentaires pouvant notamment porter sur la transparence des algorithmes ou la lutte contre les comptes propageant massivement de fausses informations* ».

Già la nostra Corte Cost. aveva ritenuto che la genuinità del consenso costituisse la *ratio* fondante l'incostituzionalità delle liste elettorali integralmente bloccate, così nella pronuncia n.1/2014, dove al par. 51. affermava che « in definitiva, è la circostanza che alla totalità dei parlamentari eletti, senza alcuna eccezione, manca il sostegno della indicazione personale dei cittadini, che ferisce la logica della rappresentanza consegnata nella Costituzione » in quanto minano la libertà di scelta dell'elettore, cioè la genuinità del voto, interamente assorbito dall'arbitraria compilazione per mano delle segreterie dei partiti.

⁹ *Codice di buone pratiche dell'UE sulla disinformazione*, Bruxelles 2018, consultabile in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>.

dell'*eligendo* di contendersi il voto finale; come tale esige una garanzia pro capite; la seconda, al servizio del diritto all'iniziativa economica, obbedisce ragionevolmente alla logica *pro capitale*.

Tutto ciò veniva ignorato dal codice di FB¹⁰, che in una sola mossa annullava il suffragio universale riportando in vigore una sorta di voto censitario. In questo caso l'alterazione non riguardava però la parità nella titolarità del diritto di voto, in apparenza salvaguardata, ma la parità di *chances* dei richiedenti il consenso. Questa pretesa rappresenta l'altra faccia del diritto di voto: è il diritto di ciascun concorrente a essere votato; quindi, a esporre la propria proposta politica non diversamente da come fanno gli altri *competitor*. Invece, è accaduto che i candidati *well founded* hanno dominato il dibattito politico *online*, oscurando chi di fatto era emarginato dalla gara digitale per ragioni economiche. In ultima istanza, il caos dei bit altera il percorso formativo del consenso, che non si svolge più in un clima sereno ed equilibrato perché gli elettori, privi di una offerta politica paritaria, diventano facili prede nelle mani di chi ha accaparrato ogni spazio di propaganda.

Dinanzi alla tirannia di una pubblicità digitale anarchica, e quindi dominata dai più forti, l'AG.Com. ha parlato il linguaggio del diritto mite, indicando comportamenti virtuosi ai candidati e invitando i gestori delle piattaforme a condotte consone al *fair play* elettorale¹¹. Si è dunque avvalsa di armi spuntate, dotate di un'effettività attenuata perché basata sull'autorevolezza del suo consiglio, non sull'imperatività della regola.

Ma l'Autorità avrebbe potuto fare diversamente?

Invero, le norme della ricordata L. 28/00 sono tassative nel cedere il potere normativo all'A.G.Com. e quindi mal si prestano a essere interpretate estensivamente rispetto al loro ambito di competenza.

Dunque, questa constatazione ci impone di guardare altrove. Un'alternativa è offerta dal tessuto costituzionale a maglie larghe: l'endiadi 'altri mezzi' (di cui all'art. 21 Cost.).

Spendemmo¹², questo argomento quando sostenemmo che non fosse necessario rivedere la Costituzione per tutelare la rete, già acquisibile agli altri mezzi. L'espressione è una tipica valvola di sfogo del sistema, che si presta anche a essere orientata tecnicamente in modo da recepire innovazioni funzionali

¹⁰ Per una narrazione diacronica del *soft law* elettorale si veda il lavoro di E. CATERINA, *La comunicazione elettorale sui social media tra autoregolazione e profili di diritto costituzionale*, in *Osservatorio sulle Fonti*, n. 3/2021, in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>, in part. pp. 1400 ss.

¹¹ A.G.Com., *Linee guida per la parità di accesso alle piattaforme online durante la campagna elettorale per le elezioni politiche 2018*, cit.

¹² Per un'articolazione compiuta di questo pensiero, che qui per ragioni di carenza tematica abbiamo solo accennato, si veda il nostro: *Towards an Internet Bill of Rights*, 2015, 37, in *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.*, in part. si veda il par. III: "Why should the constitutionalization of the internet be necessary".

all'informazione digitale, che altrimenti rimarrebbero fuori se l'elencazione fosse tassativa. Ebbene, si può utilizzare questa clausola di apertura per dilatare la *par condicio* e assegnare oggetti inespressi al potere regolatorio dell'Autorità?

Ancora una considerazione può tornare utile per rispondere all'interrogativo posto in apertura. Il richiamo alla teoria dei poteri impliciti, argomento necessario per dilatare oltre il dato positivo la potestà dell'A.G.Com., avrebbe sì evitato l'anarchia regolatoria e l'involuzione egoistica dell'equilibrio informativo in tempo elettorale, ma avrebbe al tempo stesso provocato un pericolo più grave del danno che si voleva evitare: l'*enlargement* di poteri a favore di un soggetto politicamente non rappresentativo, neppure sorretto da una norma sulla sua competenza.

La teoria richiamata avrebbe creato regolamenti indipendenti in capo all'A.G.Com., cioè un ossimoro per un atto normativo secondario, perché lo stesso avrebbe vantato un'assoluta autonomia dalla legge, non potendola esibire neanche come titolo fondativo del potere. Con la conseguenza che in questo caso il discorso politico regolatorio sarebbe stato avviato e concluso da un regolamento *praeter legem*, intervenuto nel silenzio della norma in forza di un'autoinvestitura, violando un intero fascio di principi: la legalità formale, l'ordine gerarchico tra le fonti e la riserva di legge.

E tra un'Autorità, che, esonerata da responsabilità politica, assuma da sé compiti politicamente sensibili e un'altra che, protetta dall'immunità politica, si astenga dal farlo, lasciando al legislatore la decisione, preferiamo la seconda, di cui si apprezza l'atteggiamento cauto e rispettoso del binomio indirizzo politico/responsabilità.

3. Come gli algoritmi modificano i paradigmi della *Lex mercatoria*?

Per l'A.G.C.M. il discorso, in apparenza più facile, si mostra complicato a un'osservazione ravvicinata. Procederemo seguendo l'ordine logico che qui anticipiamo: *a)* i caratteri della disciplina antitrust; *b)* l'impatto della *data driven economy* su di essa; e, infine, *c)* l'intreccio delle libertà fondamentali con i diritti economici su mercati digitali.

A) La *lex mercatoria* esprime regole di condotta negative, cioè divieti a formazione progressiva perché lasciati incompiuti nella descrizione legislativa, che rimette il loro perfezionarsi al *case by case* dell'Autorità competente. Le disposizioni del T.F.U.E disegnano illecito concorrenziale secondo la tecnica teleologica, che ha il merito di non ingessare la condotta entro modelli tipizzati, fotografandone solo il risultato: l'alterazione consistente della dinamica competitiva.

Dunque, i paradigmi astratti delle fattispecie presentano i tipici caratteri della norma parzialmente in bianco, valvole di sfogo di un sistema giuridico che si voleva lasciare riflessivo, cioè flessibile all'occorrenza, modificabile al

mutare delle condizioni economico-sociali, mantenendo invariato il suo dato letterale. Questi sono i referenti non scritti, *extra ordinem*, ai quali le Autorità ricorrono per completare il lavoro avviato dal legislatore.

Inizialmente, il sistema valoriale coincideva con il libero mercato: luogo dove persone, merci, capitali e prestazioni circolavano indisturbatamente al riparo dai protezionismi statali, come dai comportamenti abusivi delle imprese¹³. In seguito, la *lex mercatoria*, lasciata alle spalle una visione atomistica della concorrenza, incontrò il *well-being* consumeristico, che col Trattato di Lisbona si era evoluto nello “sviluppo sostenibile dell’Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi [...]. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico” (art. 2, co. 3, TUE). Il richiamo all’“economia sociale di mercato” sostanzia un tessuto pattizio, che altrimenti rischiava di rimanere una mera intenzione di incerta realizzazione. Oggi, l’economia funzionale di mercato è ancora diversa da come era al tempo di Lisbona, il *Recovery*¹⁴ ha costruito la ripresa post pandemica dei singoli Stati intorno al mercato, chiave di volta di una architettura regolatoria che si compone di norme asimmetriche in *bonam partem*. Questa disciplina prevede infatti che il flusso di energie economiche corra prioritariamente verso chi ha di meno per allinearlo a chi è avanti nella gara sociale: Giovani, Donne e Sud¹⁵. Quindi, nella struttura del *Recovery* la filosofia del libero mercato da fine ultimo, quale era in principio, viene ridimensionata a mezzo per conseguire l’atteso risultato dell’eguaglianza sostanziale.

Notiamo però che se la Commissione Europea ha puntato in alto nel promuovere la ripresa economica post Covid, ha abbassato il tiro quando ha avviato l’azione regolatoria sugli algoritmi. Invero, la sua attenzione alle asimmetrie sociali ha subito una drastica flessione sul terreno degli algoritmi, come se la tecnica da sola potesse compensare le disuguaglianze in assenza della mano umana pronta a guidarla.

B) Il secondo attributo dei mercati digitali è dato dalla presenza di un’entità nuova: i Big Data. Questo binomio si riferisce a quelle crescenti masse di dati, universali per oggetto e soggetto, variabili per capacità auto-generativa, veloci

¹³ Corte di Giustizia, *Grunding*, 56/64, p. 518, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61964CJ0056>, e Id., *Continental Can*, 6/72, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A61972CJ0006>.

¹⁴ Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza. D’ora in avanti Reg. UE 2021/241. Per una riflessione sulle ricadute sull’assetto costituzionale interno, ci permettiamo di rinviare al nostro saggio G. DE MINICO, *Il piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in <https://www.costituzionalismo.it/il-piano-nazionale-di-ripresa-e-resilienza-una-terra-promessa/>.

¹⁵ Per un’analisi delle promesse molto ambiziose a fronte di loro modeste realizzazioni si rinvia alla nota precedente.

nella formazione in itinere del patrimonio informativo e dal valore economico inestimabile, come la definizione statunitense delle cinque ‘v’¹⁶ suggerisce.

In secondo luogo, queste piazze sono come i lati simmetrici di una stessa medaglia: il *double sided market*¹⁷. Il primo mercato si colloca a monte, dove beni e prestazioni digitali vengono offerti contro una gratuità fittizia perché il consumatore paga quei servizi con i suoi dati. Ne sia prova il fatto che il rapporto contrattuale continua a essere sinallagmatico, solo che il corrispettivo contro il servizio digitale non è il denaro, ma la cessione in blocco dei dati a chi fornisce il servizio digitale.

Nel secondo mercato, quello a valle, l’impresa vende spazi pubblicitari a prezzi più alti di quelli che praticherebbe se non profilasse il potenziale acquirente. Non a caso abbiamo sottolineato l’esistenza di un ordine tra il mercato gratuito e quello oneroso: il primo, solo in apparenza è gratuito, perché il dato sta in luogo del prezzo e pertanto alimenta l’appetibilità dell’inserzioni pubblicitarie, divenendo la causa dell’onerosità di quello a valle, secondo quel perfetto circolo vizioso illustrato dagli economisti. Precisamente, più clic riceverà il messaggio pubblicitario, più alto sarà il suo prezzo, e più voluminosa la massa dei dati accaparrata dall’imprenditore che domina le due piazze¹⁸.

In sintesi, i Big Data costituiscono “*a significant competitive advantage for companies active in, for instance, targeted online advertising, online search, social networking, software services and software products*”¹⁹, che nel linguaggio del diritto antitrust significa esistenza di barriere tecnologiche, che inibiscono l’accesso al nuovo entrante, il quale senza il suo corredo dei dati è destinato solo a guardare la partita competitiva giocata dagli *incumbent*.

Un’altra caratteristica di queste piazze è il ripetersi di *trials and errors*, commessi da chi già opera nel mercato, il quale migliorerà le sue *performance* proprio grazie ai suoi errori, rafforzando così l’effetto preclusivo in danno dei terzi.

C) Ultimo attributo dei mercati digitali, poco indagato dalla dottrina giuridica, ma centrale nel discorso sull’atipicità regolativa è l’intreccio tra libertà fondamentali e diritti economici. Questi si confondono in un avviluppato groviglio contro l’antica distanza di sicurezza che un tempo li separava nei mercati

¹⁶ Per la dottrina americana, autrice della fortunata espressione ‘cinque v’, nonché per un ragionamento sull’impatto dei BD sulle categorie giuridiche ci sia consentito rinviare a: G. DE MINICO, *Big data e la debole resistenza delle categorie giuridiche*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2019, pp. 90 e ss.

¹⁷ M. MAGGIOLINO, *I BD e il diritto antitrust*, EGEA, Milano, 2018, nota 2, p. 2. Siamo in presenza di processi che hanno nell’accumulo crescente dei dati la loro benzina virtuale consistendo “in un complesso di attività che ruotano intorno alla produzione, all’uso e alla commercializzazione dei dati a mezzo di altri dati”.

¹⁸ A. EZRACHI, *Eu competition law goals and the digital economy, Report commissioned by BEUC*, in https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-071_goals_of_eu_competition_law_and_digital_economy.pdf, pp. 7-12.

¹⁹ M.E. STUCKE – A.P. GRUNES, *Big data and competition policy*, OUP, Oxford, 2016, a p. 37.

off line, accorti a non creare punti di tangenza tra le due classi di diritti. Oggi lo slittamento di una sfera soggettiva su quella contigua è un fatto ordinario, quando accade comporta che la cura di un diritto dipenda dalla protezione riservata all'altro; dall'altro canto, la lesione di una libertà fondamentale può essere il sintomo dell'aggressione di una facoltà economica. Questo fenomeno lo vedremo con attenzione quando parleremo dell'accertamento dell'illecito plurioffensivo, che esige l'individuazione di almeno due autorità per qualificare integralmente la condotta, a differenza del monismo del vecchio diritto antitrust. Chiarita la necessità che siano almeno due le Autorità del dialogo, a queste spetterà disegnare le misure inedite per ripristinare la lesione multipla. In questa parte del discorso abbiamo accennato al coinvolgimento corale delle Autorità solo per rendere visivo questo intreccio tra libertà economiche e i diritti fondamentali, in seguito ci soffermeremo sulle modalità del dialogo tra Autorità.

4. Verso l'interpretazione teleologicamente orientata della *Lex mercatoria*

Date le caratteristiche prima esposte dei mercati digitali, riflettiamo se la disciplina antitrust dei mercati *off line* sia trasferibile immutata sulle piazze on line, o se invece necessiti di essere rivisitata secondo alcune linee guida.

La prima linea consiste nel fine della *lex mercatoria*: difendere la concorrenza, non lo *status quo* dei concorrenti. Nella nostra impostazione il valore oggettivo del *common good*, misurato sulle coordinate della crescita competitiva e dell'equiordinazione sociale, si affranca dal concetto di benessere a beneficio degli imprenditori già presenti su piazza.

La seconda linea guida impone che si presti attenzione a un nuovo pericolo e al suo antidoto: la riduzione del *common good* a una prosperità tecnologia unidirezionale perché ad appannaggio degli oligopolisti privati. Quanto al rimedio, se l'innovazione viene subordinata ai principi del costituzionalismo comune, diventa leva per chiudere le asimmetrie economico-sociali; se invece viene lasciata a sé stessa, è un pericoloso "*mean [s] to produce revenue and market control*"²⁰.

La terza direttrice si risolve in un atteggiamento aperto a un'ermeneutica che esige porosità verso l'innovazione tecnologica, e che rimanda all'interpretazione della Costituzione in aderenza ai mutamenti della storia²¹. In un rapporto di reciproco scambio tra Costituzione e Storia, quest'ultima è il punto di avvio del processo costituente; ma questo, per quanto gli compete, deve

²⁰ S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Profile Books Ltd, 2019.

²¹ Una guida illuminata è nel pensiero di G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Cedam, Padova, 2001, pp. 24 ss.

lasciare aperta la porta sulla realtà che gli ha dato vita, sempre che intenda corrispondere col mutevole sentire politico del suo popolo. La storia economica ci suggerisce anche un parallelo, che non è così ricorsivo come Vico vorrebbe: nel secolo scorso i monopoli erano la protezione istituzionale, che la politica regalava ai grandi gruppi imprenditoriali, scambiando privilegi e certezza dei traffici illeciti contro il loro appoggio all'assetto istituzionale costituito. Oggi questa situazione ritorna nelle mutate vesti dell'accaparramento indisturbato dei dati sui mercati *on line* da parte delle *Big Tech*, regalo dell'anarchia tecnologica che consegna nelle loro mani dominanze incontestabili dai terzi.

5. L'Abuso di posizione dominante riscritto dagli algoritmi

Il mutato scenario tecnologico impone una lettura²² dell'abuso di posizione dominante, art. 102 TFUE²³, sensibile alla logica tecnologicamente orientata: unica interpretazione possibile se il mercato è *data driven*²⁴. Assunta la figura a emblema dell'illecito, le considerazioni che seguiranno varranno tendenzialmente anche per le intese e le concentrazioni con gli opportuni adattamenti del caso. Quindi, ricorderemo brevemente gli elementi strutturali dell'abuso – il mercato di riferimento, la dominanza e il suo uso *unfair* – per poi collocarli in un contesto economico algoritmico.

Il primo passo è la scelta del metodo per individuare il mercato di riferimento: non più il parametro classico della sostituibilità dei beni. Lo stesso potrà ancora essere utile per disegnare il mercato della raccolta pubblicitaria di Google o quello degli incontri virtuali di Facebook, come nell'esempio illustrato sopra, ma la cosa importante è il punto di fuga dei due mercati: quella comune piazza virtuale, collocata sullo sfondo e alimentata dai dati. Questo sarà il mercato di riferimento, nonostante l'avversione della Commissione a non considerarlo tale perché non identificabile secondo il criterio della fungibilità merceologica. Si può invece obiettare al conservatorismo europeo che, se preferiamo Google agli altri, non è per un suo specifico servizio – quello di "Gmail", o di conservazione dei dati con "Google Drive" – ma per la capacità come *Over the Top*²⁵ di offrirci l'intero fascio delle prestazioni nella medesima unità spazio-temporale. Pertanto, chi fa parte della comunità di Google non è

²² Cfr.: Commissione Europea, *Antitrust procedures in abuse of dominance (Article 102 TFEU cases)*, in http://ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures_102_en.html.

²³ Cfr.: R. WISH-BAIELY, *Competition law*, OUP, Oxford, 2018, capp. 17 e 18; R. NAZZINI, *The foundations of European Union of Competition law: The objective and principles of article 102*, OUP, Oxford, 2011, *passim*.

²⁴ M. E. STUCKE-A. P. GRUNES, *BD and competition policy*, cit., part. III; in part. cap. 9.

²⁵ A.G.Com., *Indagine conoscitiva concrete lo sviluppo delle piattaforme digitali e dei servizi di comunicazione elettronica. Allegato A alla delibera n. 165/16/CONS*, in <https://www.agcom.it/documenti/10179/5054337/Allegato+29-6-2016/9d7168c6-6205-47e7-a2d9-23cccd1df59?version=1.0>.

disposto a cambiarlo con altri, a prescindere dal suo comportamento, almeno fin quando rimarrà l'unico operatore in grado di fornire una prestazione, pluriarticolata, sigillata in una scatola e portabile con sé ovunque. Ritorna dunque il concetto d'insostituibilità, ma rivisto perché inserito in un contesto globale, dove insostituibile è l'intero pacchetto, non più il singolo bene.

Le obiezioni, benché pertinenti degli economisti, le lasciamo a loro; a noi giuristi l'osservazione con mente libera da pregiudizi dei comportamenti dei fornitori *omnibus* della rete. Questi mantengono stretta nelle loro mani la leva fisica dei nostri dati, necessaria a creare e far crescere la loro indebita e permanente dominanza, destinata a durare nel tempo perché non scalabile²⁶ e indebita perché costruita rischiando beni altrui.

Il secondo elemento dell'abuso, il potere di mercato, è ancora accertabile in base al fatturato, ma anche altri indici concorrono a individuarlo in linea con la naturale porosità della disciplina antitrust, sensibile agli input nati dal basso, ai modi di essere, alle abitudini di una realtà economico-imprenditoriale mai uguale a sé stessa. Ad esempio, la dominanza di un'impresa 4.0. si basa anche sulla ricorsività degli atteggiamenti commerciali dei nuovi utenti, che seguono la scelta già fatta da chi li ha preceduti. Nessuno infatti si darebbe appuntamento in luoghi quasi deserti, tutti si addensano nelle piazze virtuali, dove le chance di incontro sono maggiori. Quindi, il *lock-in* tra Google e i suoi clienti è un tratto incontestabile del potere di mercato di Google, assente nelle economie *off line*, non a caso misurabili in base all'antico indizio del fatturato.

Ultimo requisito al perfezionamento della fattispecie dell'art. 102 T.F.U.E. è il comportamento abusivo, visto che il diritto antitrust non punisce la dominanza in sé, ma il suo cattivo uso che pregiudica consumatori e/o concorrenti: rispettivamente, nelle figure dell'abuso di sfruttamento e di esclusione. In estrema sintesi, il primo ricorre quando la condotta unilaterale dell'operatore si risolve in condotte dannose per i consumatori, costretti a subirle perché altrove non troverebbero migliori condizioni contrattuali: ad esempio, l'aumento sensibile dei prezzi che lascia invariata la domanda. Il secondo abuso si risolve in comportamenti pregiudizievoli per gli altri concorrenti, costretti a subirli: ad esempio, l'imposizione di prezzi condizionati o esclusive particolarmente vessatorie. In entrambi gli abusi la condotta contestata sarebbe propria di un monopolista, assunta però da chi non è tale, ma che si comporta come se lo fosse perché si può permettere di prescindere dalle reazioni di consumatori e di concorrenti.

Se proviamo a trasferire queste figure sui mercati *double sided* – quelli che si articolano sulle due piazze speculari, come detto prima – esse mancheranno

²⁶ Utili spunti si possono trarre dalla A.G.C.M., A.G.Com. e G.P.D.P., *Indagine conoscitiva sui Big Data*, in https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC_Big%20data_imp.pdf.

di un elemento essenziale secondo il modello dell'art. 102: cioè dell'aumento sensibile del prezzo. Questo difetto è dovuto al fatto che, consumato l'abuso, i beni continueranno a essere venduti a prezzo 0, come già accadeva prima dell'abuso, venendo dunque a mancare il sintomo per antonomasia del cattivo uso del potere di mercato, a meno che non si accetti la novità che la condotta illecita nell'ambiente digitale ha modalità di esternazione alternative rispetto a quelle dell'economia *off line*. Si consideri quel dominante che, forte del suo pacchetto di dati, abbassi la *policy* di privacy senza che ciò determini una flessione sensibile nella domanda grazie al *lock-in* e all'omogeneità diffusa delle condizioni contrattuali. Siamo dinanzi a un abuso per sfruttamento poiché il dominante ha alterato le condizioni contrattuali, la *privacy policy*, contro le legittime aspettative dei consumatori?

Se consideriamo tale *policy* un elemento della disciplina del contratto, averla degradata incide sulla qualità della prestazione, diventando un indizio inedito di prepotenza nei confronti dei consumatori, anche se la Commissione si ostina a non vederlo. Si può allora arrivare a sostenere l'adozione di criteri alternativi per valutare l'abuso: non più l'incremento minimo e stabile del prezzo, inidoneo a spostare la domanda, ma la riduzione minima e stabile della qualità della prestazione²⁷. Il nuovo parametro non sarà privo di incognite: come si calcherà un elemento qualitativo su un valore immateriale, quale è la privacy? E, ancora, il metro di valutazione sarà uguale per tutti i soggetti; oppure andrebbe misurato in ragione delle tendenze dei clienti e della loro diversa sensibilità alla protezione dei dati personali?

Anche nel panorama antitrust statunitense, fatte salve le linee guida dell'USA Antitrust²⁸, le sue Autorità non hanno vietato concentrazioni lesive del mercato in presenza di un'*injury* che si è manifestata nella sola riduzione della qualità della prestazione, nel peggioramento della varietà dei prodotti o nel degrado innovativo: cioè quando il pregiudizio non è nel semplice aumento del prezzo. I suindicati elementi dinamici non sono stati presi in considerazione, perché di difficile quantificazione, nonché per fedele ossequio a un'impostazione *price based* del diritto antitrust, che esclude di assumere come indizi profili qualitativi dei rapporti: innovazione, diritti fondamentali, democraticità del sistema.

²⁷ In proposito, si veda lo studio particolareggiato e puntellato da abbondante casistica di: M.E. STUCKE - A.P. GRUNES, *Bid data and competition policy*, cit., a pp. 115 ss.

²⁸ Cfr.: American Bar Association Section of Antitrust law, *Merger and acquisition: understanding the Antitrust Issues* (4 th ed. Chicago, II, II: American Bar Association, 2015) pp. 134-5. "[...] it is rare for a complaints alleging harm only in an innovation market, and no courts has invalidated a transaction solely because it reduced competition in an innovation market".

Chiusa la parentesi statunitense, torniamo nei confini europei: il quadro è deludente per la perseveranza della Commissione²⁹ nel negare la violazione dell'art. 102 T.F.U.E. – *sub specie* di sfruttamento per aggressione alla privacy – se il pregiudizio investe la privacy, nonostante il danno al mercato, salvo capire se indiretto o diretto. La Commissione si è trincerata dietro l'argomento formale della rigida separazione delle competenze. Secondo il ragionamento della Commissione, la privacy deve rimanere affidata alle cure del Garante europeo per la protezione dei dati personali, la concorrenza a sé medesima. Questa impostazione ha escluso che si potessero annullare concentrazioni lesive della privacy, proprio perché la Commissione ha ritenuto che le preoccupazioni sulla privacy “*fall [ing] out of the aim of antitrust law*”³⁰ per rientrare invece “*within the scope of the EC data protection rules*”³¹. L'impostazione è vecchia e di essa ha beneficiato Google perseverando nell'illecito, mentre avrebbe dovuto³² ridurre la sua ingiustificata dominanza con sanzioni ripristinatorie diverse dal denaro, unica pena comminatagli. Stesso discorso assoluto è stato fatto per l'azienda di Facebook³³, che, acquistata WhatsApp, fu punita dalla Commissione per aver dichiarato il falso, non anche per aver sottratto all'insaputa dei clienti di WhatsApp i loro dati telefonici, illecito questo più grave del primo, che le ha consentito di consolidare il suo smisurato potere sul mercato dei dati.

Per rigore scientifico chiariamo che non intendiamo avallare nessun automatismo, nel senso che la lesione della privacy può essere solo un sintomo, che accende un campanello d'allarme, salvo poi accertare che il sintomo abbia effettivamente procurato un danno alla concorrenza. In altri termini, non si dà per presupposto il nesso di causalità tra la condotta lesiva della privacy e il danno al mercato, questo elemento deve essere oggetto di specifica prova,

²⁹ Commissione Europea, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Relazione sulla politica di concorrenza 2017*, COM(2018) 482 final, 18.6.2018, in http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2017/part1_it.pdf.

³⁰ M. VESTAGER, *Competition in a BD world*, 18 January 2016, in https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_enin.

³¹ B. BOUYSSIÈRE - D. COLGAN, *Competition law, BD and data protection - are Competition Authorities becoming jacks of all trades?*, in <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f9b02fe5-b8e1-4396-8efa-a24ffce9daf>.

³² Commissione europea, *Caso AT.39740 Google search (Shopping)*, cfr. IP/17/1784 del 27 giugno 2017, in http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_it.htm. Volendo cfr.: G. DE MINICO, *New horizons for the policymaker after the Commission's decision on Google?* in <https://iaclaide.wordpress.com/2017/08/27/new-horizons-for-the-policymaker-after-the-commissions-decision-on-google/>.

³³ Commissione europea, *Caso M.8228 — Facebook/WhatsApp*, 18 maggio 2017, in [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017M8228\(03\)&from=LT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017M8228(03)&from=LT).

perché rifiutiamo la più benevola tesi tedesca³⁴ della “presunzione normativa”³⁵, secondo la quale il danno competitivo ricorrerebbe *in re ipsa* data la presenza della sola lesione alla privacy. Dall’altro canto, non si vuole neppure escludere ogni sua rilevanza ai fini dell’accertamento dell’abuso, come invece sostiene la Commissione europea. La nostra è una posizione accostabile alla presunzione relativa: la lesione lascia intravedere un danno presuntivo, a meno che l’impresa, autrice dell’abuso, dimostri che, nonostante il pregiudizio alla privacy, nessun danno si sia verificato. Questa soluzione di compromesso tiene dentro la novità ermeneutica, che valorizza la lesione della privacy come sintomo di una condotta anticompetitiva, e il diritto alla difesa, ammettendo l’impresa a dimostrare l’irrilevanza del sintomo, che è prova disponibile, non diabolica.

Il ripetersi di illeciti con modalità quasi identiche – ulteriori indizi sono offerti dalla recente fusione di Facebook con Instagram³⁶ o la multa comminata dall’A.G.C.M. italiana ad Amazon per i suoi reiterati abusi di posizione dominante³⁷ – prova l’insufficienza dell’interpretazione anacronistica del diritto antitrust³⁸. Si tratta di un’infelice scelta ermeneutica, che pone la *lex mercatoria*

³⁴ *Contra* la Bundeskartellamt, *Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources Background information on the Bundeskartellamt’s Facebook proceeding*, February 2019, in https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook_FAQs.pdf?__blob=publicationFile&v=5.

³⁵ In proposito si legga il Bundesgerichtshof (*Federal Court of Justice*), *Decision KVR 69/19*, del 23/06/2020 (la sua *press release* recante: *The Federal Court of Justice provisionally confirms the allegation of abuse of a dominant market position by Facebook*, <https://www.bundesgerichtshof.de/Shared-Docs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020080.html>), dove la Corte Federale, in contrasto col giudice di appello, ha sostenuto che ai sensi dell’art. 19(1) della Legge federale sulla concorrenza si possa affermare l’esistenza di un nesso di ‘causalità normativa’ da una mera condotta accrescitiva del potere di mercato del dominante, e che dunque non occorresse anche la prova di un comportamento illecito reso possibile unicamente in forza della posizione di preminenza del soggetto egemone”, in <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgb&Art=en&Datum=2020-6&Seite=4&nr=109506&pos=121&anz=279>. Per la sua traduzione inglese resa dalla Bundeskartellamt, si veda il suo sito: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/BGH-KVR-69-19.html;jsessionid=B67E0ED4B26FDCD51094BE01130FC468.1_cid362?nn=4136442.

³⁶ *Zuckerberg Plans to Integrate WhatsApp, Instagram and Facebook Messenger*, in NYT, 26 January 2019, <https://www.nytimes.com/2019/01/25/technology/facebook-instagram-whatsapp-messenger.html>

³⁷ In breve l’Autorità ha contestato ad Amazon - *Prov. A528, 30 /11/ 2021*, in <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2021/12/A528-chiusura> - che detiene una posizione dominante sul mercato dell’intermediazione, di aver favorito le proprie divisioni di logistica a danno dei venditori terzi sulla medesima piattaforma, in quanto ha accordato ai primi servizi aggiuntivi, tipo Prime, negati invece ai concorrenti, impedendo loro di proporsi come fornitori di servizi di qualità paragonabile a quella della logistica di Amazon.

³⁸ Interessante, anche se non condivisibile, la diversa lettura suggerita da E. CREMONA, *L’erompe dei poteri privati nei mercati digitali e le incertezze della regolazione antitrust*, in *Osservatorio sulle Fonti*, n. 2/2021, in <https://www.osservatoriosullefonti.it/mobile-saggi/speciali/speciale-autorita>

fuori dal tempo, la veste con una camicia di forza, che si rivela incapace di cogliere le reali condotte lesive del mercato, dunque lasciate prive di regolazione.

Un tentativo di adeguare la L. 287/90 alla dimensione virtuale dei mercati è in atto con il d.d.l. sulla concorrenza al 2021³⁹. Il suo articolo 29 prevede una figura di abuso relativo di dipendenza economica, quando il titolare di una piattaforma esercita sui suoi clienti *business* un *superior bargaining power*, ponendoli in condizione di sudditanza a sé. Si pensi ad Amazon o alle *Apple Store*, ma anche ai motori di ricerca, dove la piattaforma, pur nella sua variabilità di funzioni, serve al cliente del mercato all'ingrosso per permettergli di veicolare i suoi servizi ai consumatori del mercato *retail*. La fattispecie nasce da un autorevole precedente tedesco, che nella sua legge annuale antitrust⁴⁰ ha introdotto questa figura speciale di abuso. La sua specialità è nel fatto che il cattivo uso della dominanza, non investe l'intero mercato, ma lo specifico rapporto negoziale con il cliente *business*, onerato da ingiustificate clausole vessatorie. La novità italiana è il ricorso alle valutazioni legali tipiche, che reputano sussistere una prepotenza contrattuale nel titolare di una piattaforma per il suo titolo dominicale, a prescindere dall'accertamento in concreto di un'effettiva disparità di forza negoziale, e lasciando la prova contraria a carico del presunto *incumbent*⁴¹. Costui, infatti, dovrà dimostrare che il suo cliente *business* non dipende economicamente da lui, potendo in ogni momento rivolgersi ad altri fornitori dell'accesso. Ma secondo gli economisti la possibilità di migrare altrove presupporrebbe che il dominante disponga dei libri contabili altrui, perché deve poter provare che i costi sostenuti dal cliente siano recuperabili quando si sposta su un'altra piattaforma⁴². Dunque, una prova di fatto impraticabile, che traduce la presunzione in assoluta, assegnando al dominante la patente di cattivo imprenditore in ogni caso. A quanto detto si aggiunga che la norma non distingue le piattaforme per la tipologia di prestazione fornita,

amministrative-indipendenti-e-regolazione-delle-decisioni-algoritmiche-2-2021/1659-l-erompere-dei-poteri-privati-nei-mercati-digitali-e-le-incertezze-della-regolazione-antitrust.

³⁹ Leg. XVIII, A.S. 2469, Disegno di legge, recante "Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021", in <https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/54618.htm>.

⁴⁰ Legge annuale sulla concorrenza tedesca *Getsetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, GWB, in *021 Law of 06/24/2021 (Federal Gazette I, p. 1858)*, in part. si veda l'art. 12, che nella versione inglese reca "*Prohibited conduct by companies with relative or superior market power*".

⁴¹ In merito si legga l'audizione del prof. Colangelo, 12 gennaio 2021, seduta n. 202, presso la 10^a Commissione del Senato della Repubblica, in https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/documenti/54618_documenti.htm.

⁴² In questo senso si leggano le puntuali critiche al disegno di legge formulate dall'Antitrust, *Segnalazione ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, in merito alla proposta di riforma concorrenziale ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021*, in <https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/S4143%20-%20LEGGE%20ANNUALE%20CONCORRENZA.pdf>.

accomunando irragionevolmente tutti i titolari, a prescindere dall'effettivo potere contrattuale concretamente esercitato. Quindi, l'art. 29 si chiude con una casistica di obblighi comportamentali asimmetrici al fine di riequilibrare le sorti negoziali inizialmente sbilanciate a favore del dominante; ma tali obblighi sono poco adattabili alla varietà delle posizioni nate giorno dopo giorno col mutare dell'economia digitale.

Sarebbe stato preferibile che la novella avesse seguito il sano pragmatismo tedesco, che non ha imposto presunzioni, lasciando al *case by case* l'accertamento dell'effettivo squilibrio. Questo modo di procedere è essenziale, se si considera che qui si impongono misure *ex ante* per equiordinare, senza accertare prima l'insufficienza dei rimedi antitrust a dinamizzare il mercato. Del resto la linea normativa pregressa andava nella direzione qui abbandonata: il legislatore in passato non si era sottratto a questo compito nel ricorrere alla disciplina asimmetrica con i ripetuti pacchetti di Direttive T.L.C.⁴³

Per queste ragioni l'intervento innovativo del nostro decisore politico è come il percorso di quel funambolo, che si muove lungo un filo, incerto tra rimanere in equilibrio o cadere. La nostra immagine forte sottolinea che il d.d.l. in esame è causa d'incertezza per i traffici economici per le espressioni indeterminate sparse qui e là e per l'inversione di rotta del diritto antitrust. Si è passati dall'originaria flessibilità delle sue previsioni, verificabili caso per caso, alla valutazione legale tipica, destinata a diventare una presunzione assoluta di dominanza per le riflessioni prima esposte.

Infine, se il nuovo abuso dovesse passare senza correzioni, il nostro diritto antitrust sarebbe più severo di quello europeo, che ha già in cantiere con il D.M.A.⁴⁴ una disciplina asimmetrica, ma più dolce e più aderente ai fatti economici di quella interna per i signori delle piattaforme. Ne conseguirebbe un contrasto tra discipline, che non si potrebbe risolvere con la prevalenza della nostra grazie alla clausola del D.M.A. Questa fa sì salve le discipline diverse degli stati membri, ma nel limite dell'armonizzazione dei mercati. Se si dovesse applicare l'art. 29, il nostro mercato, schiacciato dalla pesantezza della regolazione, sarebbe disarmonico rispetto al mercato unico. Se gli si concedesse tale autonomia regolatoria, i nostri imprenditori sarebbero gravati da oneri ben maggiori di quelli dei tedeschi. Per questa ragione il contrasto tra discipline va

⁴³ Per un'impostazione ragionata e comparativa tra la disciplina asimmetrica (in particolare, nei mercati TLC) e quella antitrust ci sia consentito il rinvio a: G. DE MINICO, *Codice delle comunicazioni elettroniche*, in P. COSTANZO, G. DE MINICO, R. ZACCARIA (a cura di), *I 'tre codici' della società dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 169 ss.

⁴⁴ Commissione Europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali)*, COM(2020) 842 final, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/?qid=1608116887159&uri=COM%3A2020%3A842%3AFIN>.

corretto il prima possibile, perché la risoluzione *ex post* nelle sedi giudiziarie lascerebbe fermi i danni già prodottesi.

Quindi, riconfermiamo il nostro favore alle novità del diritto positivo antitrust, a condizioni di tenerle lontane dalle valutazioni legali tipiche, e al tempo stesso ribadiamo l'idea base, che vuole un criterio ermeneutico tecnologicamente orientato per sostituire all'interpretazione *price based* una *privacy based*, preferibile in quanto *well tailored* alle dinamiche dell'economia digitale.

6. Le sanzioni oltre le competenze: tra *privacy* e *competition*

La descritta commistione tra *privacy* e *competition*, i cui valori rimangono distinti in identità, bisogni sottostanti e autorità preposte alla loro cura, non è il risultato di un errore valutativo, ma la conseguenza di una diversa concezione del diritto, che dall'insofferenza della bipartizione classica pubblico/privato ha maturato l'intolleranza alla divisione del lavoro in ragione dei beni da proteggere, mercato e *privacy*. I piani, un tempo separati, si sono mescolati; gli interessi, inizialmente lontani e aggredibili da condotte distinte, sono oggi esposti a lesioni progressive e pertanto sono diventati tutelabili l'uno per il tramite dell'altro; e le Autorità, che un tempo vivevano isolate, ciascuna nel proprio recinto, sono invece chiamate a uno sforzo comunicativo. Si dovranno scambiare informazioni, disegnare *best practices*, frequentare una grammatica comune. Se l'intreccio delle discipline di settore significa che i requisiti di una fattispecie vietata possono diventare gli elementi integrativi di un'altra condotta astrattamente proibita, le Autorità dovranno parlare lo stesso linguaggio giuridico; e la "confusione" delle loro procedure potrà servire ad armonizzare il nuovo diritto e in ultima istanza a evitare decisioni contrastanti.

Esempi di questa distanza tra l'essere e il dover essere sono stati dati nelle pagine precedenti in merito all'inedita struttura di una condotta in apparenza rispettosa del mercato, ma nella sostanza aggressiva della *privacy*, abbassandone il livello di protezione. Completiamo il quadro del diritto antitrust di nuova generazione riflettendo su come le sanzioni dovrebbero essere modulate sulla capacità plurioffensiva dell'illecito.

L'intreccio *privacy/competizione*, cioè la lesione del primo valore come sintomo dell'abuso di potere dominante, rende le misure tipiche antitrust *unreasonable* per due ragioni.

In primo luogo, la tempestività, attributo dei processi economici in rete, richiede che le misure intervengano quanto prima, mentre attendere i lunghi tempi di un'istruttoria diretta ad accertare l'illecito compromette irreversibilmente i beni della concorrenza e della *privacy*. Da qui il ragionevole *favor* del legislatore europeo verso gli strumenti negoziali più rapidi a definirsi; almeno questa sarebbe l'aspettativa a fronte di un impegno il cui scopo è evitare l'accertamento definitivo dell'illecito con atto autoritativo. Accanto al fattore

tempo un'altra considerazione li rende un buon rimedio per l'economia *data driven*⁴⁵; qui la nostra attenzione si rivolge al secondo dei beni in campo, la privacy, che, se lesa, subisce un'aggressione senza ritorno. Pertanto, il classico ordine di cessare la condotta lesiva o il suo *desistat*, atti tipici per contrastare intese e abusi illeciti, non consentirebbero alla privacy di riacquistare la sua consistenza *ante delictum*, in quanto i dati, anche se restituiti ai rispettivi titolari, rimarrebbero violati per essere usciti dalla loro sfera giuridica. L'impossibilità di *turn the clock back* accorda un incontestabile vantaggio agli impegni rispetto alle sanzioni autoritative (artt. 101 e 102 TFUE).

A questo punto del discorso il terreno è pronto per accogliere l'art. 9 del Regolamento CE 1/2003⁴⁶, in origine limitato agli impegni che regolano i traffici materiali, la cui estensione ai commerci *on line* non incontra ragioni ostative. Piuttosto chiediamoci quale dovrà essere il contenuto prescrittivo dell'atto e quale il parametro valutativo della Commissione nel decidere se approvarlo o meno.

Solo poche parole per ricordare contenuto e finalità di un impegno⁴⁷. Questo è una proposta di parte diretta a restituire l'efficienza competitiva al mercato al fine di evitare l'accertamento autoritativo del presunto illecito antitrust con quanto ne segue.

Pertanto, l'imprenditore dovrà offrire comportamenti capaci di sanare i due tipi abuso, prima esaminati: quello di sfruttamento e di esclusione. Precisamente, a fronte del primo, il rimedio consisterà nel rendere disponibili ai consumatori adeguati spazi per l'esercizio delle facoltà connesse alla loro privacy, violata dall'abuso.

Non sarebbe né possibile, né utile tipizzare in elenchi esaustivi la tipologia degli impegni in esame, in quanto il loro contenuto va modellato in vista della funzione: restituire al mercato, non necessariamente il medesimo *status quo ante*, bensì l'efficienza competitiva alterata dall'abuso. Ciò che conta è che il parametro valutativo dei costi e benefici, al quale la misura deve obbedire, rispetti la specificità dettata dal nuovo terreno di gioco. Ciò esclude ogni automatismo nel trasportare gli istituti dalla sede originaria alla nuova perché il trasporto necessita di adattamenti in ragione del mutato contesto. Così il contenuto dell'impegno dovrà tener conto almeno di due circostanze: il tipo di

⁴⁵ M. BOTTA - K. WIEDEMANN, *Eu competition law enforcement vis-à-vis exploitative conducts in the data economy exploring the Terra incognita*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 18-08, 2018, pp. 1-89 (per gentile concessione degli Autori).

⁴⁶ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=IT>.

⁴⁷ N. DUNNE, *Commitment decisions in Eu competition law*, in *Journal of competition law and economics*, 2014, 10, 2, pp. 399 e ss.

lesione inferta alla privacy e la dimensione collettiva del diritto, stante la sua riferibilità non più al singolo, ma a diffuse collettività di utenti.

La parte che seguirà di questo studio esamina casi accaduti o solo figurati, come del resto l'approccio pragmatico della ricerca richiede in modo da offrire un modello prescrittivo capace di andare incontro alle preoccupazioni di privacy degli utenti, ma anche alle domande competitive⁴⁸ dei concorrenti.

a) Quanto al tipo di lesione causata da un abuso di sfruttamento, si può ipotizzare il caso di un'informativa così oscura per il consumatore da escludere la consapevolezza del suo consenso: egli ignora quali dati ha ceduto e a quali fini. Se questa asimmetria informativa dovesse integrare una condotta *unfair*, perché l'abusante ha prodotto un prospetto informativo inintelligibile, forte del fatto che i suoi clienti non si sarebbero rivolti a un altro *competitor* per il vincolo del *lock-in*, anche il *commitment* dovrà fare i conti con questa opacità, se intende porvi rimedio. Farebbe al caso nostro una proposta di obbligo di *disclosure* comprensibile in modo da restituire al consenso la dignità di atto volitivo libero e assunto con cognizione di causa, considerato che l'intera disciplina europea ha rafforzato proprio questi requisiti, pur con qualche contraddizione.

Un'altra modalità di condotta abusiva può risolversi nell'impedire il consenso libero del consumatore, che, benché informato del peggioramento della *policy* di privacy, rimanga fedele al suo fornitore originario perché altrove non troverebbe migliori condizioni contrattuali. Quando la concorrenza non è basata sulla privacy, la persona perde ogni potere effettivo di contrattare e di reagire al degradamento, con la conseguenza che per lui il contratto digitale è un "*take or leave*". Se invece si ipotizzasse la concreta operatività del diritto al trasporto dei propri dati verso un'altra piattaforma *on line*, il clima sarebbe diverso perché i concorrenti assumerebbero la privacy come elemento di differenziazione della prestazione, gareggiando tra di loro nell'offerta dei migliori standard di privacy. Noi stiamo suggerendo un rimedio modellato sul paradigma dell'art. 20 del Reg. 2016/679, perché nella nostra ipotesi il trasporto sarebbe la soluzione per rimediare a un illecito a doppia valenza. Si avvierebbe un moto virtuoso: il consenso ritornerebbe a essere libero, si spezzerebbe il monopolio degli O.T.T. sui dati, contestati nella dominanza dai nuovi entranti, e quest'ultimi spingerebbero la privacy *to the top* per contendere clienti ai primi.

b) La seconda circostanza è connessa all'estensione a fisarmonica del diritto alla privacy, modulabile in ragione dell'età e dell'appartenenza del suo titolare

⁴⁸ Un recente studio americano condotto dall'NYU School of Law e dall'American Bar Association affronta questa tematica con un sano approccio pragmatico: *Next generation of antitrust, data privacy and data protection scholars conference*, January 28-29, 2022, in <https://www.law.nyu.edu/conferences/2022-NextGen-Antitrust-Conference>.

a certe categorie socioeconomiche. Recuperare questo modo di essere della privacy consentirà che gli impegni si articolino anche in misure *privacy-tune*, cioè capaci di dilatarsi o restringersi a seconda di come il titolare voglia regolare il volume di tutela della sua riservatezza. Pertanto, se l'abuso ha danneggiato utenti poco propensi per ragioni economiche a difendere la privacy, perché più inclini a barattarla contro la gratuità della prestazione *on line*, il *commitment* potrà attenuare la misura di protezione, stante il fievole interesse dei suoi titolari, lasciando eventualmente più o meno inalterato il volume dei dati acquisiti dall'abusante. A opposta soluzione si perverrà se i danneggiati non vogliono cedere la privacy contro l'onerosità della prestazione, in tal caso si dovrà riconoscere la piena protezione del loro diritto con la conseguenza che il *commitment* dovrà prevedere la cessione dei dati al minimo indispensabile, vista la disponibilità dei titolari a pagare il servizio per mantenere integra la sfera personale.

Quanto detto pone un problema rilevante: le facoltà inerenti a un diritto fondamentale presentano uno *ius variandi* che dipende dalla capacità economica del suo titolare. Ci rendiamo conto che il concetto di una privacy censitaria stride col concetto di democrazia, che nella sua accezione minima significa uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge nella titolarità dei diritti. In questo caso l'equiordinazione è rispettata come astratta titolarità del diritto, ma negata come concreta possibilità di esercizio, perché l'ampiezza della libertà individuale varierebbe in ragione della scala delle priorità del suo *dominus*, il quale potrebbe dare precedenza alla gratuità della prestazione digitale sull'integrità della sua sfera intima.

Dagli esempi prima ricordati è emerso un contenuto dell'impegno definibile *case by case*, cioè sulla tipologia della lesione. Questa è una caratteristica ricorrente nei provvedimenti impartiti d'imperio, che assiste anche gli atti a genesi negoziale in quanto il fine comune è restituire al mercato rispettivamente la medesima o una diversa efficienza competitiva. Questo obiettivo richiede la *reasonableness* dell'atto, cioè il suo non essere preconfezionato, ma cucito su misura alle condizioni di mercato e sensibile al tempo. Se allora consideriamo l'ipotesi in cui l'abusante abbia già ceduto i dati a terzi, qui un ritorno dei dati ai legittimi proprietari si rivelerà impraticabile, mentre il riferimento alla disciplina privacy potrà ancora una volta venire in nostro soccorso per individuare il rimedio più adeguato. Si pensi allora a un contenuto che riconosca ai titolari la facoltà di esercitare i diritti, inizialmente azionabili verso l'originario detentore dei dati, anche nei confronti dei suoi aventi causa: così la rettifica, il controllo sulla sicurezza delle banche, la cancellazione dei dati o altre forme di tutela previste nel Reg. 2016/689 sarebbero opponibili ai nuovi utilizzatori dei dati.

Consideriamo ora la seconda figura di abuso, quello di sfruttamento che danneggia i terzi concorrenti, costringendoli a uscire dal mercato o impedendovi di entrare⁴⁹. Esemplificativa è la condotta di quella impresa che ha negato ai *competitors* l'accesso ai dati comportandosi come se fosse la padrona incontrastata di questa massa informativa crescente nel tempo. Qui la condotta rimediabile deve necessariamente prevedere la condivisione dell'*asset*, la sola misura idonea a rimuovere la barriera tecnologica all'entrata, pur consapevoli delle obiezioni che essa incontra sia perché disincentiverebbe gli investimenti, che per la difficoltà di valutare l'*asset* e di distinguere tra la massa dei dati quali mettere in comunione e quali no⁵⁰. Nel contenuto dello *sharing* aziendale si consuma il passaggio dal rimedio comportamentale, indicato prima, a quello strutturale della spartizione o co-uso dell'*asset*. Esso si rivela in linea con il Reg. 1/2003 (art. 7), che lo aveva contemplato e disciplinato a prescindere se la condivisione fosse imposta *ab initio* d'imperio o autoproposta dall'impresa e solo in un secondo momento validata dalla Commissione. Quello che conta ai fini della legittimità dell'impegno è che la misura strutturale sia l'estrema *ratio* alla quale pervenire solo quando l'esame di ogni altra misura comportamentale risulti inefficace o più costosa, vista la maggiore intrusività di questo rimedio sull'autonomia aziendale rispetto a una misura comportamentale.

In questo caso ritroviamo gli estremi di un ragionamento svolto rispetto agli operatori di telecomunicazioni, *ex incumbent*, proprietari della rete ma anche fornitori dei servizi agli utenti finali. Il loro innato conflitto di interessi verso gli altri operatori privi di rete può comportare – a certe condizioni e in via residuale – che la rete sia a loro distratta per essere assegnata a un polo terzo, gestore neutrale. Questi tratterà in modo uguale le domande di accesso all'infrastruttura, non avendo nessun interesse nei traffici a valle; e al contempo, l'ex proprietario della rete potrà con *fair play* a fornire il servizio ai clienti finali.

Questa ipotesi comparativa, che nella sua forma estrema conduce allo *split* della rete, mentre in quella intermedia alla sua separazione strutturale – con la conservazione della rete nelle mani del suo proprietario originario nonché gestore del servizio di Telco⁵¹ –, presenta una differenza significativa dal caso dello *sharing* dei dati tra le imprese *data driven*. Nel caso in esame i dati non sono mai stati dell'*Over the Top*, che li ha sì raccolti, aggregati e poi monetizzati per trarre profitti, ma non può vantare su di essi alcun titolo dominicale, che

⁴⁹ KATHURIA - J.GLOBOCNIK, *Exclusionary Conduct in Data-Driven Markets: Limitations of Data Sharing Remedy*, in *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 19-04*.

⁵⁰ M. BOTTA, K. WIEDEMANN, *Eu competition law enforcement vis-à-vis exploitative conducts in the data economy. Exploring the terra incognita, paper*, cit., *passim*; più di recente: Id., *The Interaction of EU competition, consumer, and data protection. law in the digital economy: the regulatory dilemma in the Facebook odyssey*, *The Antitrust Bulletin*, 2019, Vol. 64(3) 428-446.

⁵¹Volendo, si veda: G. DE MINICO, *Tecnica e diritti sociali nella regulation della banda larga*, in G. DE MINICO (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti*, Napoli, Jovene, 2010, pp.3 ss.

invece spetta alla collettività indifferenziata degli utenti per aver contribuito alla sua formazione. Ne consegue che la Commissione nel disporre la separazione dei dati dall'O.T.T. dovrà usare meno cautela e discrezione di quella richiestale se ordinasse la separazione della rete fissa di una Telco. Anzi in punto di diritto non riteniamo corretto qualificare questa operazione come una separazione proprietaria, perché ci si separa solo da ciò che ci appartiene, e questo non è il caso degli O.T.T., meri detentori dei dati nell'interesse di noi utenti. Pertanto, sarebbe più corretto parlare di restituzione per indebita acquisizione. In tale ipotesi, l'impegno dovrà disporre la libera fruibilità dell'*asset*-dati a qualunque operatore lo richieda; in tal modo si creerebbe quella circolarità diffusa dei dati utile a due obiettivi: incrementare la contendibilità dei mercati, nati come orti interclusi per l'esistenza di barriere tecnologiche all'ingresso, e accrescere la democraticità del sistema economico, premessa alla democraticità dei processi politici.

Sembra evidente che qui si è definito il contenuto di un atto tipico della *lex mercatoria* prendendo a prestito il paradigma della *privacy*. Infatti, abbiamo tratto spunti dal Regolamento 2016/679 per definire un contenuto non tipizzabile *ex ante*. Bisogna però stare attenti a non commettere l'errore opposto a quello della Commissione, ostinata a dichiararsi incompetente nelle implicazioni delle violazioni antitrust sulla *privacy*, e cioè ritenere che ogni rimedio *privacy based* sia adatto *ipso iure* anche a riparare un'aggressione al mercato. Piuttosto sarà opportuno procedere *case by case*, senza valutazione legali tipiche o astratte presunzioni in modo da verificare se un certo rimedio diretto a proteggere la *privacy* sia anche idoneo a riparare il mercato aggredito. Nella data economy mentre un rimedio *privacy based* non soddisfa comunque le preoccupazioni della *competition*; invece, una lesione della *privacy* è spesso sintomo anche della violazione della legge del mercato, salvo accertare la ricorrenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito antitrust.

Questa commistione tra *privacy* e *competition* – i cui beni rimangono distinti da un punto di vista ontologico, dei bisogni sottostanti, e quindi delle autorità competenti a proteggerli – non costituisce un errore valutativo, ma la naturale conseguenza di un diverso modo di intendere il diritto, non più ripartibile nella bipartizione classica pubblico/privato, né separabile in ragione dei beni da proteggere, mercato da *privacy*. I piani, un tempo separati, si sono ora mescolati; i beni, prima lontani e aggredibili da distinte condotte, sono esposti a lesioni progressive o sono tutelabili l'uno come conseguenza dell'altro; e le Autorità, un tempo incomunicabili, sono chiamate a parlare perché questo intreccio del diritto sostanziale impone un intreccio di poteri con proficua “confusione” di procedure.

Dinanzi a un illecito che procura una violazione sia alla concorrenza che alla privacy, anche il suo ritorno alla legalità dovrà riparare entrambi i beni aggrediti; diversamente, ancora un lato dell'illecito rimarrebbe senza ristoro.

7. Verso un nuovo rapporto tra le Autorità indipendenti

A questo punto del discorso è opportuno riflettere su come strutturare il nuovo dialogo tra le Autorità, un tempo abituate a parlare un linguaggio solitario. Il nuovo diritto antitrust chiede al legislatore di ridefinire le procedure secondo un modello che favorisca la condivisione del lavoro tra i soggetti coinvolti, salvo capire quale di questi dirà la parola ultima e definitiva, e quale invece avrà il ruolo dell'autorevole consigliere, dal cui parere sarà sempre possibile discostarsi, motivando il proprio dissenso. E in questo ragionare su coordinate future possiamo anticipare con prognosi *ex ante* che rispetto agli illeciti che ledono anche i dati personali la competenza primaria debba rimanere in capo all'A.G.C.M.; mentre il Garante privacy andrebbe tempestivamente consultato per accertare se vi sia stata lesione alla privacy e di che entità. Questa accorta divisione del lavoro nella diversità dei titoli lascerebbe immutata la capacità accertativa dell'A.G.C.M. rispetto all'intesa, abuso e concentrazione, ma la stessa non sarebbe da sola nel valutare entità e significatività dell'aggressione alla privacy in modo da evitare il rischio di dannosi automatismi, pericolo sempre possibile se la fattispecie si compone di condotte appartenenti a discipline diverse del diritto. La nostra impostazione ha il pregio di tenere insieme un modello di illecito antitrust tecnologicamente orientato con l'omaggio ragionevole a una separazione dei poteri, ormai divenuta ordinata confusione delle attribuzioni, non più rigida incomunicabilità delle competenze.

Non basta affermare che la Commissione sia tenuta a considerare le *privacy concerns* ai fini del compimento dell'illecito antitrust, occorre anche radicare in una precisa norma di diritto questo suo dovere, per poi provare a capire se esso sia in qualche modo esigibile, altrimenti sarebbe inutile averglielo imposto. Ebbene, riteniamo che l'obbligo in esame sia radicato anche in discipline diverse dalla privacy e dalla concorrenza, pensiamo all'art. 8 della Carta dei Diritti, fonte europea prevalente su quelle settoriali prima citate. A questa prima considerazione possiamo aggiungere altre, che concorrono a fondare il nuovo obbligo della Commissione. Si pensi all'efficacia vincolante della Carta, titolo costitutivo *ex se* di nuovi diritti e doveri, tra questi sicuramente figura l'obbligo per la Commissione di considerare anche le violazioni della privacy, senza che un atto di intermediazione legislativa occorra a renderlo prescrittivo. L'efficacia diretta delle disposizioni della Carta, non solo verso i cittadini, ma in primo luogo verso i soggetti istituzionali, restituisce un ruolo primario alla Commissione, come soggetto tenuto all'adempimento del dovere in esame. L'ultima considerazione la spendiamo sul terreno della tutela in giudizio del nuovo

obbligo, cui corrisponderà un nuovo diritto. Partiamo da un fatto: l'accesso diretto dei cittadini in Corte di Giustizia è divenuto un'eccezione stante i severi requisiti di legittimazione; ne consegue che per rendere giustizia a una libertà fondamentale, la via giudiziaria non è il rimedio preferibile. Quanto detto fa dell'obbligo della Commissione di attivarsi *ex officio* il mezzo effettivo per difendere un diritto, la privacy, altrimenti violato impunemente.

A sviluppare fino in fondo questa impostazione si potrebbe sostenere l'illegittimità di decisioni della Commissione di non luogo a procedere, nonostante la lesione della *privacy*, come di quelle che impongono rimedi non *privacy based*. In particolare, le due delibere sarebbero illegittime per violazione dell'art. 8 della Carta: elemento costitutivo del *contra ius* della volontà autoritativa⁵².

Riteniamo che il dialogo tra le Autorità esistenti basti a coordinare le rispettive azioni e quindi, diversamente al pensiero dominante, non condividiamo le ragioni che giustificerebbero la creazione di un'Autorità indipendente per la rete.

Il problema infatti non è il vuoto istituzionale, se così fosse, un'autorità *ad hoc* servirebbe a colmarlo, ma il mancato coordinamento tra i soggetti esistenti, da articolarsi secondo le modalità prima indicate: procedure monosoggettive passibili di evolversi in iter complessi a potestà diseguali.

Il legislatore europeo ha già accolto in parte la proposta innovativa nell'istituire l'*European Artificial Intelligence Board*⁵³, limitatamente all'intelligenza artificiale in Internet. Aver previsto un *Board*, tenuto a monitorare *ex ante* ed *ex post* gli algoritmi ad alto rischio, crea problemi di non poco conto in termini di impatto della sua azione sulle Autorità europee e su quelle nazionali, *issues* delicate, ma lasciate senza definizione dal legislatore europeo.

È ragionevole chiedersi se il *Board* possa richiamare l'attenzione delle Autorità nazionali su particolari situazioni di rischio e, in tal caso, quali potranno essere le reazioni delle Autorità alle sue segnalazioni. Si dovranno attenere o potranno discostarsi dal suggerimento? E anche sul piano sovranazionale, non riusciamo a immaginare che tipo di rapporto si potrebbe creare tra il *Board* e le preesistenti Autorità europee di settore: di equiordinazione con competenze separate oppure di parità ma con attribuzioni coordinate? Né si potrebbe escludere dall'inizio l'ipotesi di una sovraordinazione del *Board* alle Autorità settoriali per ragioni di specialità. Tutti questi profili, lasciati al momento in

⁵² O. LYNKEY, *A brave new world. The potenzial intersectional of competition law and dat protection regulation*, in <https://chillingcompetition.com/2014/04/21/>, poi ripreso con approfondimenti in *The foundation of Eu data protection law*, OUP, Oxford, 2015, in part. cap.4.

⁵³ Commissione Europea, *Proposta di regolamento del parlamento europeo e del consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione*, COM(2021) 206 final, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>, che dedica il Titolo VI, a partire dall'art. 56 a prevedere l'istituzione della neo Autorità, *status* e i compiti.

ombra dal corposo regolamento, chiederanno che sia il *Board* a risolverli, appena inizierà la sua attività di consulenza alla Commissione, pur mancando del titolo necessario per farlo.

Forse tornerebbe utile rileggere il parere della BCE, che, avendo intravisto i difficili intrecci di competenze, aveva richiamato la Commissione all'osservanza della regola "*same risks, same rules*"⁵⁴. Il parere è stato del tutto trascurato, come se non fosse stato dato, visto che il testo della proposta di regolamento è rimasto immutato nonostante il parere.

Consideriamo, infine, che l'utilità del *Board* è attenuata dalla riduzione numerica, imposta dal legislatore europeo, delle fattispecie vietate di algoritmi, elencante in una lista tassativa, lì dove sarebbe stata preferibile una loro esemplificazione in una casistica aperta e integrabile all'occorrenza. La tipizzazione, per quanto completa possa essere, lascerà sempre fuori quelle condotte algoritmiche, potenzialmente lesive, ma inimmaginabili al momento in cui si scriveva la lista, coprendole con l'immunità giuridica. In questa ottica si spiega l'art. 5 lett. a) della proposta di Regolamento europeo che vieta solo gli algoritmi illeciti *ictu oculi*, perché approfittano della debolezza dell'utente o perché si avvalgono di tecniche subliminali che inducono il manipolato a far quanto altrimenti non farebbe. Se la proposta di regolamento non venisse integrata nella sua *black list*, si creerebbe una nuova Autorità al limitato scopo di controllare le sole Intelligenze ad alto rischio, lasciando fuori dal suo raggio d'azione situazioni di confine tra il lecito e illecito, consistenti in flussi informativi orientati da algoritmi fraudolenti o discriminatori. Tali sono le finzioni algoritmiche che si consumano in occasione delle campagne pubblicitarie elettorali o l'informazione unilaterale e rassicurante delle *filter bubble*, situazioni di pericolo *in re ipsa* perché capaci di causare danni irreparabili alla dinamica della democrazia europea, non dunque situazioni prive di rischio, come considerate dalla proposta.

8. E il cerchio si potrebbe chiudere a condizione di...

Attratta la *lex mercatoria* al valore dell'uguaglianza sostanziale, cambiano sia l'interpretazione degli elementi costitutivi della disciplina antitrust che le modalità di tutela dei diritti fondamentali in rete.

Nel nuovo scenario la regolazione antitrust si è lasciate alle spalle l'archetipo di una competizione al servizio esclusivo del libero mercato; né rimpiange il modello della *consumer based competition*, perché ha concluso un fruttuoso armistizio con la solidarietà sociale.

⁵⁴ Parere della Banca Centrale Europea del 29 dicembre 2021 relativo a una proposta di regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (CON/2021/40), in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021AB0040>.

Questa lettura ha orientato il governo dei B.D. verso i diritti fondamentali con tutto ciò che ne segue. Precisamente, i dati raccolti dalle imprese dovranno essere trattati come un bene *open access*, disponibile anche delle imprese terze, che solo così potranno contendere agli *incumbent* l'illecita dominanza, fondata su un arricchimento indebito. Simmetricamente, le figure dell'illecito antitrust esigono una lettura sensibile alle preoccupazioni dettate dalla nuova privacy e dagli altri diritti fondamentali insidiati. Ma questi effetti erano già nel tessuto dei Trattati, che avevano vincolato la *lex mercatoria* alla coesione territoriale e allo sviluppo della persona, proteggendola dalle rivendicazioni dei neo-protezionismi nazionali e dalla miope sete di lucro dei dominanti digitali.

Se, invece, si lasciasse esaurire la dinamica competitiva nella deriva egoistica, neppure il libero mercato ne trarrebbe giovamento, perché nel lungo periodo non è sostenibile un equilibrio in cui il benessere di pochi si fonda sull'esclusione di molti. Inoltre, questa visione atomistica e asfittica dei processi economici, incapace di vedere che gli abusi del potere digitale ledono non solo l'iniziativa economica dei concorrenti, ma anche le libertà fondamentali dei cittadini, rischia di soffocare l'ambizione politica di un'Europa, finalmente disponibile a difendere i diritti con priorità rispetto alle risorse. Questa gerarchia di valori, imposta dal PNRR, è la risorsa al momento disponibile per sollecitare il processo democratico dell'Unione a fare un ulteriore passo avanti.

Abbiamo sostenuto con vari argomenti la lettura del diritto antitrust tecnologicamente orientata, che consente al mercato di assolvere al ruolo che gli è proprio: leva essenziale al servizio del bene comune. In questo contesto storico-politico il *common good* si connota per l'attenzione particolare alle libertà fondamentali, destinatarie di una protezione aggiuntiva rispetto a quella riservata agli stessi diritti, se esercitati off line. Questo *surplus* di tutela si consegue con la *lex mercatoria*, mentre sul piano del procedimento impone alle due Autorità, antitrust e privacy, di parlarsi prima di decidere il rimedio compensativo della doppia lesione, al mercato e alla privacy. E mentre i piani del diritto positivo si confondono e le competenze delle Autorità si mescolano, sul terreno sostanziale le due categorie di diritti, economici e fondamentali, si avvicinano per comporre il patrimonio dell'individuo, che rimane uno nella sua dimensione plurale di uomo economico e di cittadino del costituzionalismo comune.

Se questa condizione si avverasse, potremmo contare non solo su consumatori avveduti di beni e servizi digitali, ma soprattutto su cittadini sensibili a rivendicare l'integrità dei propri diritti fondamentali anche sulle piazze virtuali.