

Sulle “relazioni pericolose” fra *antitrust* e *privacy* nei mercati digitali

The “dangerous relationship” between antitrust and privacy in digital markets

Gustavo Olivieri *

ABSTRACT:

Il presente articolo si propone di analizzare, anche alla luce della recente casistica nazionale ed eurounitaria, le possibili tensioni intercorrenti tra il diritto alla protezione dei dati personali e la normativa antitrust nei mercati digitali. In tale contesto, infatti, un approccio eccessivamente restrittivo circa la salvaguardia dei dati personali rischia di determinare un incremento delle barriere all'entrata; per converso, un approccio più accomodante potrebbe rafforzare la posizione dominante delle grandi piattaforme del *web*, a detrimento dei concorrenti e dei consumatori.

Prendendo le mosse dal differente orientamento mostrato sul punto dalla Commissione europea nei casi di concentrazione Facebook/WhatsApp del 2014 e Microsoft/LinkedIn del 2016, l'indagine si sofferma in primo luogo sulla decisione del *Bundeskartellamt* tedesco nei confronti di Facebook del 2019, nell'ambito della quale l'acquisizione non libera del consenso ai fini *privacy* da parte dell'operatore dominante è stata riconosciuta come abusiva a prescindere dalle regole sul trattamento dei dati personali. A livello nazionale, invece, si segnala l'approccio più “duttile” seguito sin qui dall'AGCM, caratterizzato dall'adozione di un sistema di *enforcement* che si snoda sul duplice binario della tutela del consumatore (caso Whatsapp del 2017 e casi Google, Apple e Dropbox del 2020) e dell'abuso di posizione dominante (casi Enel e Acea del 2018 e il caso, ancora in fase istruttoria, nei confronti di Google sul *digital advertising*).

L'analisi condotta, che denota una scarsa incisività dei rimedi antitrust in questo settore, si conclude con uno sguardo alle recenti iniziative adottate dalla Competition and Markets Authority britannica (la costituzione di un'apposita *Digital Markets Unit*) e dalla Commissione europea (la bozza di Regolamento sul *Digital Markets Act*), le quali sembrano confermare una propensione per una disciplina regolatoria *ex ante* del potere di mercato acquisito dalle grandi piattaforme del *web*, in aggiunta all'intervento *ex post* attualmente previsto dalla normativa a tutela della concorrenza.

* Professore ordinario di diritto commerciale, Università Luiss Guido Carli; e-mail: golivieri@luiss.it.

Parole chiave: *data driven economy*; dati personali; antitrust; concentrazioni; abuso di posizione dominante; privacy; tutela del consumatore; *digital advertising*; piattaforme; mercati digitali

This article aims at analyzing, also in light of the recent Italian and EU case-law, the possible overlapping between the right to personal data protection and antitrust law in digital markets. In this context, indeed, a restrictive approach to the protection of personal data may increase barriers to entry; on the other hand, a more accommodating approach may strengthen the dominant position of large web platforms, to the detriment of competitors and consumers.

Starting from a different orientation shown on this point by the European Commission in the 2014 Facebook/WhatsApp and the 2016 Microsoft/LinkedIn merger cases, the article focuses on the 2019 decision of the German Bundeskartellamt against Facebook, where the acquisition of a not-freely given of consent for privacy purposes by the dominant operator was recognized as abusive regardless of the rules on the processing of personal data. At national level, on the other hand, the Italian Competition Authority (AGCM) so far has followed a more flexible approach, basing its enforcement tools both on consumer protection (see WhatsApp case in 2017 and Google, Apple and Dropbox cases in 2020) and on abuse of dominant position (see Enel and Acea cases in 2018 and the case against Google on digital advertising, still under investigation).

The analysis concludes with the recent initiatives taken by the UK Competition and Markets Authority (the establishment of a special Digital Markets Unit) and the European Commission (the draft Regulation on the Digital Markets Act), which seem to confirm an inclination for an ex ante regulatory discipline of the market power gained by the large web platforms, instead of the ex post intervention currently provided for by traditional antitrust rules.

Keywords: *data driven economy*; personal data, antitrust; merger; abuse of dominance; privacy; consumer protection; digital advertising; gatekeepers; digital markets

SOMMARIO:

1. *Data driven economy* e tutela dei dati personali. – 2. Tutela dei dati personali e controllo delle concentrazioni. – 3. Il caso *Facebook* del *Bundeskartellamt* tedesco. – 4. L’approccio “duttile” dell’AGCM tra antitrust e tutela del consumatore. – 5. Il *Digital Advertising* e il caso A542 avviato dall’AGCM nei confronti di Google. – 6. Il problema dell’*enforcement antitrust* nei mercati digitali e la necessità di un intervento del regolatore. – 7. La proposta di Regolamento europeo sul *Digital Market Act* e la “speciale responsabilità” dei *Gatekeepers*.

1. *Data driven economy e tutela dei dati personali.*

Il ruolo centrale dei dati nei mercati digitali e nella c.d. *data driven economy* è stato ben evidenziato, anche di recente, dall’Indagine Conoscitiva con-

giunta AGCM-AGCOM-GPDP sui Big Data (IC 53 del febbraio 2020¹). In questo più ampio contesto, vengono in considerazione i dati personali, come definiti dalla normativa sulla *privacy*, sia in quanto oggetto di specifica tutela, sia in quanto strumento di attività e pratiche concorrenziali sicuramente rilevanti per il diritto *antitrust*, come dimostrano alcuni interessanti casi avviati dalle Autorità di concorrenza sia in Italia che in altri Paesi UE. Il tipo d'interazione fra le due discipline, entrambe di rango costituzionale, non appare tuttavia scontato, soprattutto se valutato nell'ottica, che qui interessa, del rilievo che la normativa sulla *privacy* può assumere sotto il profilo *antitrust*. In particolare, come si osserva nella già citata Indagine congiunta sui Big Data, potrebbe configurarsi “una possibile tensione tra diritto alla protezione dei dati e concorrenza”. Così, ad esempio, “un approccio molto restrittivo volto a salvaguardare la protezione dei dati personali potrebbe avere come conseguenza un aumento delle barriere all'entrata” nel mercato². Per altro verso, un approccio accomodante in punto di raccolta e di validità del consenso per attività di profilazione e di *on line advertising* potrebbe rafforzare la posizione dominante di alcune grandi piattaforme a scapito non solo dei concorrenti ma anche dei consumatori, i quali vedrebbero in tal modo ridotta la loro possibilità di scelta³. Più in generale, se i dati personali costituiscono sovente il “prezzo” che l'utente (più o meno consapevolmente) paga per poter fruire di un servizio solo apparentemente “gratuito”, dovrebbe sussistere un nesso tra le modalità di formazione di quel prezzo e le dinamiche di mercato che esso, in teoria, dovrebbe rispecchiare. Il che induce anche a interrogarsi se un mercato pienamente concorrenziale sia effettivamente in grado di assicurare una tutela adeguata dei dati personali e, viceversa, se l'attuale regolazione in materia di *privacy* possa costituire un buon *benchmark* al fine di valutare la “giusta” quantità di dati che le imprese possono acquisire sul mercato. I risultati che emergono dall'Indagine congiunta sopra citata, tuttavia, non appaiono molto confortanti. In particolare, due sono le principali criticità rilevate in proposito: la prima è costituita dalla scarsa consapevolezza e rilevanza che i titolari dei dati personali annettono alla loro cessione “in cambio” del servizio che viene loro offerto in modo apparentemente gratuito. Ne consegue che in questi mercati, “la domanda è espressa principal-

¹ Cfr. provv. AGCM 20 dicembre 2019, n. 28051, IC 53 – Big Data, in *Boll.* n. 9/2020.

² Ivi, 75.

³ Così D. KATSIFIS, *What should be the fate of targeted advertising*, in *The Platform Law Blog*, 9 novembre 2020.

mente o pressoché esclusivamente da utenti che preferiscono servizi offerti gratuitamente a fronte di una tutela della privacy molto bassa”⁴. La seconda criticità, in parte collegata alla prima, è rappresentata dalla mancanza di un apprezzabile grado di differenziazione delle imprese in punto di politiche di acquisizione e di tutela dei dati personali dei loro utenti. Da ciò discende la difficoltà di trovare, anche a livello teorico, un equilibrio concorrenziale efficiente tra prezzo/qualità del servizio offerto e valore/quantità dei dati personali a tal fine richiesti.

2. Tutela dei dati personali e controllo delle concentrazioni.

Se dal punto di vista teorico le interazioni possibili fra *antitrust* e *privacy* appaiono interessanti e complesse, l’esame dei casi nei quali il tema dei rapporti fra le due discipline ha svolto effettivamente un ruolo nell’economia della decisione assunta dalle autorità o dai giudici fornisce indicazioni di segno diverso, avvalorando l’idea che i due plessi normativi assolvano funzioni e tutelino interessi diversi, non sempre sinergici tra loro.

A tal fine, giova osservare in premessa che la consapevolezza della rilevanza del tema da parte delle Autorità di concorrenza è piuttosto recente. Ancora nel 2014, in occasione della concentrazione tra Facebook e WhatsApp (autorizzata senza condizioni), la Commissione si esprimeva nettamente nel senso che eventuali problemi di tutela della *privacy* connessi all’operazione “*do not fall within the scope of the EU competition law rules but within the scope of the EU data protection rules*”⁵. Soltanto due anni dopo, in occasione della concentrazione tra Microsoft e LinkedIn (autorizzata con condizioni, caso M.8124, decisione del 16 dicembre 2016), la Commissione mostra una sensibilità diversa rispetto al tema in esame, riconoscendo come gli effetti di *foreclosure* derivanti dall’operazione riguarderebbero un concorrente “*which offers a greater degree of privacy protection to users than LinkedIn*” e che di conseguenza la concentrazione “*would also restrict consumer choice in relation to this important parameter of competition*”, così anticipando una delle problematiche centrali dell’attuale dibattito sui rapporti fra *privacy* e *antitrust*.

⁴ IC 53 – *Big Data*, (nt. 1), p. 95.

⁵ Commissione UE, caso M.7217, decisione del 3 ottobre 2014.

3. Il caso Facebook del Bundeskartellamt tedesco.

Tuttavia, è solo con il provvedimento adottato dal *Bundeskartellamt* nei confronti di Facebook nel febbraio 2019⁶ che il tema dei rapporti tra *privacy* e *antitrust* forma per la prima volta oggetto di una specifica, approfondita analisi da parte di un'Autorità di concorrenza. Il caso, come noto, riguardava un abuso di posizione dominante (ai sensi della *Section 19(1) GWB*, non dell'art. 102 TFUE) consistente nell'imposizione di *condizioni generali di contratto ritenute in contrasto con la disciplina sulla protezione dei dati personali*. Ad essere ritenuta abusiva è stata, in particolare, la *Facebook's data policy* che avrebbe consentito alla società di raccogliere dati personali degli utenti da "fonti terze" e di combinarli con i dati raccolti su Facebook (senza un reale consenso degli utenti), in violazione del GDPR. Il provvedimento si basa sui seguenti assunti:

a) Facebook detiene una posizione dominante nel mercato dei *social network*;

b) la *policy* seguita da Facebook per acquisire il consenso dei propri clienti al trattamento dei loro dati personali non è conforme al Regolamento UE sulla protezione dei dati personali, in quanto il consenso prestato dagli utilizzatori del servizio non sarebbe "libero";

c) il consenso sarebbe prestato in favore di un'impresa "super dominante", in quanto titolare di una quota di mercato superiore al 90%. Dunque, "*it cannot be assumed that users have a free choice within the meaning of data protection law*"⁷;

d) esisterebbe un chiaro nesso causale tra la posizione dominante e la violazione delle norme sulla *privacy* contestata a Facebook, nel senso che "*the very fact that the company has a dominant position in the market means consent is not given voluntarily*"⁸;

e) sotto il profilo concorrenziale, la violazione della normativa sulla *privacy* posta in essere da Facebook avrebbe rilevanti effetti negativi sia sui consumatori che sui concorrenti. I primi, in mancanza di alternative, non potrebbero optare in favore di un altro operatore. I secondi vedrebbero rafforzare ulteriormente il potere di mercato di cui già gode l'*incumbent* grazie alla raccolta illegale dei consensi al trattamento dei dati dei suoi clienti, con conseguente

⁶ Cfr. *Bundeskartellamt*, caso B6 – 22/16, decisione del 6 febbraio 2019.

⁷ Ivi, par. 646.

⁸ Ivi, par. 877.

aumento delle barriere all'ingresso nel mercato dei *social network* e nei mercati connessi dell'*on line advertising*.

Questa decisione è stata da più parti criticata soprattutto per l'equazione che essa pone tra posizione dominante e mancanza di libera prestazione del consenso a fini *privacy* e per le conseguenze che ne fa derivare in punto d'illiceità del comportamento osservato sotto entrambi i profili che qui interessano. Peraltro, dopo essere stata sospesa dai Giudici in primo grado, la decisione in esame è stata confermata dal *Bundesgerichtshof* con sentenza 23 giugno 2020, n. 80, la quale ha parzialmente corretto il tiro del *Bundeskartellamt*. Nella citata sentenza, la Corte Suprema tedesca ricorda, in premessa, che "*Facebook uses online advertising to fund the network*". Inoltre, secondo i Giudici di Karlsruhe, non si può seriamente dubitare che Facebook abbia una posizione dominante nel mercato tedesco dei *social network*, né che essa abbia abusato di tale posizione utilizzando le clausole contrattuali relative all'acquisizione del consenso oggetto del provvedimento del *Bundeskartellamt*. Ciò che invece non si condivide è l'enfasi posta dal provvedimento sull'analisi volta a stabilire se i comportamenti tenuti da Facebook siano o meno conformi alle regole del GDPR in materia di *privacy* e sulla rilevanza di tale analisi ai fini del decidere. Secondo il *Bundesgerichtshof*, infatti, il punto decisivo è rappresentato dal fatto che le clausole utilizzate da Facebook privino i suoi utilizzatori di ogni possibilità di scegliere tra modalità alternative e maggiormente personalizzate di fruizione del servizio.

Nel riportare la motivazione del provvedimento su binari argomentativi più consoni al diritto *antitrust*, la Corte tedesca opportunamente rammenta che Facebook, in quanto impresa dominante, è gravata da una speciale responsabilità che le impone di preservare la concorrenza nel mercato dei *social network*. In questa prospettiva, la mancanza di opzioni nella prestazione del consenso all'utilizzo dei dati personali da parte degli utenti assume rilevanza non solo sotto il profilo del loro diritto ad esprimere un consenso libero ed informato, come richiesto dal GDPR; ma anche, e soprattutto, perché priva gli utenti della possibilità di esprimere un consenso più articolato e di optare in favore di altri operatori che richiedono una minore "*disclosure*" di dati personali. Infatti, "*according to the Bundeskartellamt's findings, a considerable number of private Facebook users wish to disclose less personal data. If competition on the market for social networks were effective, this option could be expected to be available*". Inoltre, secondo la Corte, la *policy* seguita da Facebook danneggia anche i concorrenti, attuali e potenziali, nella misura in cui consente di accrescere la sua già notevole base dati, incrementando l'effetto di *lock-in* della clientela e la possibilità di finanziare il suo *network* attraverso i profitti gene-

rati dall'*on line advertising*, che a loro volta dipendono dalla qualità e quantità dei dati disponibili. Insomma, conclude la Corte Suprema tedesca, vi sono argomenti sufficienti per qualificare il comportamento di Facebook come abuso di posizione dominante senza dover necessariamente passare attraverso l'accertamento di una violazione delle norme che regolano la prestazione del consenso al trattamento dei dati personali.

4. L'approccio "duttile" dell'AGCM tra antitrust e tutela del consumatore.

In parte diverso, e per certi versi più duttile, sembra essere l'approccio alle problematiche in esame sin qui seguito dall'AGCM, che si caratterizza per l'adozione di un "doppio binario": da una parte, quello – più risalente ma tuttora utilizzato – costituito dalle pratiche commerciali scorrette previste dalla normativa a tutela del consumatore; dall'altra, quello consistente in un impiego più discreto e senz'altro più oneroso – ma non meno efficace – della fattispecie di abuso di posizione dominante prevista dal diritto *anti-trust*.

Il *primo filone* viene inaugurato nel 2017 con una decisione nei confronti di *Whatsapp*⁹ – che ricorda da vicino la vicenda esaminata dall'Autorità tedesca – nella quale l'AGCM ha qualificato come *pratica commerciale aggressiva* ai sensi degli articoli 19 e ss. del Codice del consumo "*la condotta con cui Whatsapp ha acquisito il consenso dei propri utenti all'aggiornamento dei termini di utilizzo del servizio*". In particolare, l'indebito condizionamento delle scelte del consumatore sarebbe nella specie consistito nell'aver di fatto forzato gli utenti di WhatsApp Messenger ad accettare integralmente la condivisione dei loro dati con Facebook "*facendo loro credere che sarebbe stato, altrimenti, impossibile proseguire nell'uso dell'applicazione*"¹⁰. Interessante anche la motivazione con la quale l'Autorità ha respinto l'eccezione d'incompetenza per materia sollevata dalla parte, la quale aveva osservato come la materia fosse regolata dalla normativa sulla *privacy*. Secondo l'AGCM, in linea di principio, "*la circostanza che alla condotta della parte sia applicabile il Codice della privacy non la esonera dal rispettare le norme in materia di pratiche commerciali scorrette, che rimangono applicabili con riferimento alle specifiche condotte poste in essere dal Professionista, finalizzate all'acquisizione del*

⁹ PS 10601 dell'11 maggio 2017.

¹⁰ Ivi, par. 58.

consenso alla condivisione dei dati personali”¹¹. Per quanto concerne poi la specifica condotta aggressiva contestata all’impresa, consistente – come ricordato – nell’aver indebitamente condizionato i consumatori ad accettare la condivisione dei loro dati con Facebook, si osserva come tale comportamento “*non trova divieto e riscontro alcuno*” nel d. lgs. n. 196/2003 in materia di protezione dei dati personali, bensì integra un’ipotesi di pratica commerciale scorretta il cui accertamento spetta, in via esclusiva, all’AGCM¹².

Nello stesso filone s’iscrive altresì la recente pronuncia del Consiglio di Stato del marzo 2021¹³, con la quale il Giudice amministrativo ha confermato la decisione dell’AGCM¹⁴, che aveva contestato a Facebook l’ingannevolezza del messaggio consistente nel presentarsi al pubblico come piattaforma che offre servizi gratuiti, quando in realtà il “*corrispettivo*” sarebbe rappresentato proprio dall’utilizzo dei dati personali degli utilizzatori, finalizzato ad un loro sfruttamento a fini commerciali. Peraltro, già nel febbraio 2021 l’AGCM aveva emesso un provvedimento di inottemperanza nei confronti di Facebook sulle vicende in discorso¹⁵, per non aver la società adempiuto al prescritto obbligo di informare i propri utenti circa la pratica scorretta posta in essere e la sanzione a tal proposito inflitta: il che ha portato alla pubblicazione sul *social network* del messaggio di rettifica in data 8 aprile 2021¹⁶.

¹¹ Ivi, par. 50.

¹² Ivi, par. 52.

¹³ Cfr. Cons. St., Sez. VI, sentenza 29 marzo 2021, n. 2631.

¹⁴ Cfr. provv. AGCM n. 27432 (caso PS11112) del 29 novembre 2018, *Facebook-Condivisione dati con terzi*, in *Boll.*, n. 46/2018.

¹⁵ Cfr. provv. AGCM 9 febbraio 2021, n. 28562, *IP330 – Facebook-Raccolta utilizzo dati degli utenti*, in *Boll.*, n. 8/2021.

¹⁶ Questo il testo della dichiarazione di rettifica, la cui pubblicazione è stata imposta dall’AGCM: “*Le società Facebook Inc. e Facebook Ireland Ltd. non hanno informato adeguatamente e immediatamente i consumatori, in fase di attivazione dell’account, dell’attività di raccolta, con intento commerciale, dei dati da loro forniti. In tal modo hanno indotto i consumatori a registrarsi sulla Piattaforma Facebook, enfatizzando anche la gratuità del servizio. Inoltre, hanno esercitato un indebito condizionamento nei confronti dei consumatori registrati, i quali subiscono, senza espresso e preventivo consenso, la trasmissione e l’uso da parte di Facebook e di terzi, per finalità commerciali, dei dati che li riguardano. L’indebito condizionamento deriva dalla preselezione da parte di Facebook delle opzioni sul consenso alla trasmissione dei propri dati da/a terzi, attraverso in particolare l’automatica attivazione della funzione “Piattaforma attiva”, unitamente alla prospettazione, a seguito della disattivazione di tale Piattaforma, di rilevanti limitazioni di fruibilità del social network e dei siti web/app di terzi, più ampie e pervasive rispetto a quelle effettivamente applicate. Tali pratiche sono state valutate scorrette, ai sensi degli artt. 21, 22, 24 e 25 del Decreto Legislativo, n. 206/2005 (Codice*

E, analogamente, vale richiamare in tale ambito ulteriori provvedimenti con i quali l'AGCM ha avviato procedimenti nei confronti di Google, Apple e Dropbox in relazione a presunte pratiche commerciali scorrette e all'adozione di clausole vessatorie nei contratti con la clientela¹⁷. In particolare, le pratiche scorrette contestate a Google, Apple e Dropbox riguarderebbero la mancata o inadeguata indicazione, in sede di presentazione del servizio, dell'attività di raccolta e utilizzo a fini commerciali dei dati forniti dall'utente e il possibile indebito condizionamento nei confronti dei consumatori che, per utilizzare il servizio di *cloud storage*, non sarebbero messi in condizione di esprimere il loro consenso/dissenso alla raccolta e all'utilizzo a fini commerciali delle informazioni che li riguardano.

In questa prospettiva, dunque, le condizioni e i termini contrattuali con i quali le grandi piattaforme (cc.dd. GAFAM, acronimo di Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft) regolano la prestazione del consenso al trattamento dei dati personali dei loro utenti possono assumere autonomo rilievo come pratiche commerciali in grado d'incidere sulla libertà di scelta dei consumatori e come tali essere scrutinate alla luce della relativa disciplina anche a prescindere da un giudizio circa la loro conformità alla normativa sulla *privacy*, che evidentemente esula dalle competenze dell'AGCM.

4.1. – Il secondo filone d'interventi in cui l'AGCM affronta (o comunque si confronta con) questioni di *privacy* riguarda più da vicino il diritto *antitrust* e può farsi risalire a due provvedimenti sanzionatori adottati nel dicembre del 2018, rispettivamente nei confronti di Enel (A511)¹⁸ e di Acea (A513)¹⁹, per violazione dell'art. 102, TFUE. Si tratta, in entrambi i casi, di modalità relative all'acquisizione del consenso dei clienti a ricevere informazioni e ad essere contattati per offerte commerciali che sono state ritenute illecite in quanto idonee a favorire le divisioni commerciali dell'*incumbent* rispetto a quelle dei concorrenti e come tali contrarie al principio di parità di trattamento interno/esterno. In particolare, nel caso di Enel, le condotte a tal fine rilevanti consistevano:

del Consumo). L'Autorità ha disposto la pubblicazione della presente dichiarazione rettificativa ai sensi dell'articolo 27, comma 8, del Codice del Consumo”.

¹⁷ PS 11147-11149-11150 del 7 settembre 2020.

¹⁸ Cfr. provv. AGCM 20 dicembre 2018, n. 27494, *Enel/Condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica*, in *Boll.*, n. 2/2019.

¹⁹ Cfr. provv. AGCM 20 dicembre 2018, n. 27496, *Acea/Condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica*, in *Boll.*, n. 2/2019.

- nella richiesta del consenso *privacy* per ricontattare i propri clienti per finalità di *marketing* diversificato per le società del gruppo e per i terzi;
- nella prestazione di un doppio e separato consenso, non imposto dalla normativa in materia di protezione dei dati personali, ma frutto di una scelta del gruppo Enel “*finalizzata a favorire in modo discriminatorio la società collegata [Enel Energia], la quale ha potuto in effetti fruire dei vantaggi competitivi derivanti dalla detenzione di informazioni privilegiate attraverso le quali promuovere le proprie iniziative commerciali nel mercato libero*” (§ 120);
- nel fatto che il 70% dei soggetti ha espresso il consenso per il solo trattamento infra gruppo, mentre solo il restante 30% ha espresso il consenso al trattamento anche da parte di terzi;
- “*naturalmente, il dato contiene anche l’informazione implicita – e cruciale – relativa al fatto che si tratta di un cliente intestatario di una utenza elettrica cha ha, con ogni probabilità, un contratto di fornitura in [Maggior Tutela] in essere con il gruppo Enel*” (§ 85).

Secondo AGCM, le liste dei contatti fornite da Servizio Elettrico Nazionale ad Enel Energia costituiscono un “*asset strategico ed irriplicabile*” su cui un soggetto in posizione dominante ha fatto leva per attuare una strategia commerciale/industriale di *preemption* della clientela, “*avendo la possibilità di individuare precisamente e senza margine di errore chi fossero i clienti ancora in [Maggior Tutela], informazione non pubblicamente disponibile*” (§ 226).

Da notare che, nella specie, non viene messa in dubbio la conformità delle modalità di raccolta del consenso in concreto utilizzate alle norme sulla *privacy*. In proposito, l’Autorità si limita infatti ad osservare come tali modalità non fossero “imposte” dalla normativa in materia di protezione dei dati personali, ma frutto di una scelta del gruppo Enel “*finalizzata a favorire in modo discriminatorio la società collegata [Enel Energia]*”. Non è tuttavia da escludere – ed alcuni casi recenti sembrerebbero confermarlo – che anche comportamenti posti in essere da un’impresa per rispettare la *privacy* di clienti e/o fornitori possano dare luogo a condotte restrittive della concorrenza e configurare un illecito *anti-trust* (sotto forma di intesa o di abuso), laddove vi siano margini di discrezionalità che consentano di ottemperare a quei precetti attraverso modalità alternative e meno penalizzanti per la concorrenza²⁰. Sotto questo profilo, dunque, lo “scu-

²⁰ Si veda, in proposito, il già citato articolo di D. KATSIFIS, *What should be the fate of targeted advertising ?* (fn. 3), nel quale l’Autore osserva come “*large digital platforms such as Google and Apple have become de facto privacy regulators for the millions of businesses that rely on them (e.g., app developers using their app stores or publishers using Google’s ad tech tools), wielding powers far greater than those of any Data Protection Authority. As explained*

do” offerto dalla *privacy* nei confronti di eventuali contestazioni delle Autorità di concorrenza potrebbe risultare tutt’altro che impenetrabile.

5. *Il Digital Advertising e il caso A542 avviato dall’AGCM nei confronti di Google.*

Seguendo un approccio non dissimile da quello sopra indicato, l’AGCM ha recentemente avviato un procedimento per presunto abuso di posizione dominante nei confronti di Google (A542)²¹ per comportamenti discriminatori posti in essere a danno dei concorrenti nei mercati in cui si articola la filiera del c.d. *digital advertising*. Pur essendo ancora in fase istruttoria, questo procedimento si segnala per una approfondita analisi delle caratteristiche di tali mercati e del ruolo che in essi svolge la profilazione dei potenziali destinatari del messaggio pubblicitario *on line*, a sua volta realizzata attraverso la raccolta ed il trattamento algoritmico dei dati personali degli utenti. Ogni qual volta chiediamo di accedere ad una pagina *web*, la nostra “impronta digitale” viene così messa all’asta e aggiudicata al miglior offerente nell’arco di pochi millesimi di secondo. In tutti i segmenti di questo mercato, Google detiene una posizione largamente dominante anche grazie alla enorme mole di dati personali di cui può disporre attingendo ai numerosi servizi che sono sotto il suo controllo diretto e indiretto (Gmail, GoogleMaps, Youtube, sistemi operativi Android e Google Chrome, solo per citare gli esempi più noti).

In coerenza con l’approccio sin qui seguito, l’AGCM non si chiede se la *policy* seguita da Google per raccogliere il consenso degli utenti al trattamento dei loro dati personali a fini di profilazione e di invio di messaggi pubblicitari anche di terzi sia o meno conforme alla normativa sulla *privacy*.

Certo, leggendo il provvedimento di avvio, qualche dubbio in proposito sembrerebbe lecito nutrirlo se è vero che, secondo il GPDP, affinché i trattamenti di dati effettuati per finalità di profilazione, anche realizzata con diverse modalità, soddisfino i requisiti degli artt. 23, 24 e 122 del Codice, non solo è necessario il consenso dell’interessato; ma tale consenso deve rispondere, ai fini della sua validità, ai requisiti di legge e pertanto deve essere libero, acqui-

in an earlier post, these platforms often invoke privacy to justify practices that have the potential to restrict competition, the latest example being Apple’s requirement that app developers wishing to access the device’s random advertising identifier need to obtain opt-in user permission through an Apple-designed pop-up box”.

²¹ Cfr. provv. AGCM 20 ottobre 2020, n. 28398, *Google nel mercato italiano del display advertising*, in *Boll.*, n. 43/2020.

sito in via preventiva rispetto al trattamento medesimo, riferibile a trattamenti che perseguono finalità esplicite e determinate, informato e documentato per iscritto. È del pari necessario, in tal senso, che la sua espressione costituisca una inequivoca manifestazione di volontà da parte dell'interessato²². Tuttavia, l'Autorità non affronta il tema della liceità dei mezzi attraverso i quali l'*incumbent* ha acquisito la disponibilità dei dati personali degli utenti, che pure sono alla base della posizione dominante detenuta da Google su quei mercati. Essa si limita ad osservare come *“i servizi offerti da Google sui mercati nei quali detiene una posizione dominante consentono di disporre di un insieme di dati di alta qualità circa le caratteristiche dei soggetti che visualizzano spazi pubblicitari (...) e consentono di ottenere dalla loro combinazione una profilazione puntuale delle attività svolte su Internet dai target dei destinatari, a prescindere dalla circostanza che tale attività riguardi direttamente un servizio Google”*²³. Ciò che interessa l'Autorità sono, piuttosto, i meccanismi attraverso i quali Google sfrutta quei dati a proprio favore e, soprattutto, le modalità con le quali li rende fruibili agli inserzionisti concorrenti. Secondo l'ipotesi formulata nel provvedimento di avvio, Google non rispetterebbe il principio di parità di trattamento interno/esterno in quanto riserverebbe alle proprie divisioni commerciali un trattamento più favorevole di quello accordato ai suddetti inserzionisti concorrenti. In particolare, *“la condotta posta in essere da Google le permette di mantenere una capacità di offerta di servizi di intermediazione nei suddetti mercati della pubblicità a condizioni e con modalità non replicabili dai concorrenti, tali da rappresentare un vantaggio competitivo ingiustificato. Facendo leva sui dati ottenuti attraverso tali strumenti, non accessibili ai terzi, Google consente alla propria Google Marketing Platform ed al proprio Google AD Manager di avere prestazioni in termini di capacità di targhettizzazione e di identificazione degli utenti che visualizzano inserzioni pubblicitarie che non sono altrimenti raggiungibili da altri operatori”* (ivi, par. 83).

Si tratta di un approccio e di un tipo di contestazione molto diversi da quelli utilizzati dal *Bundeskartellamt* nel caso *Facebook/Whatsapp* e più simili a quelli che la Commissione europea ha adottato sia nel procedimento per violazione dell'art. 102 TFUE recentemente avviato nei confronti di Amazon per l'utilizzo discriminatorio di informazioni riservate sui rivenditori che operano negli *“online retail markets”* (si veda, in proposito, il comunicato stampa della Commissione del 10 novembre 2020²⁴); sia nei precedenti interventi sanzio-

²² Linee Guida GPDP in tema di profilazione *on line*, 19 marzo 2015.

²³ Ivi, par. 81.

²⁴ Comunicato stampa del 10 novembre 2020, *Commission sends Statement of Objections*

natori nei confronti di Google (c.d. “*Google Saga*”, ovvero *Google Shopping*²⁵ e *Google Android*²⁶).

6. *Il problema dell’enforcement antitrust nei mercati digitali e la necessità di un intervento del regolatore.*

In conclusione, sembra di poter affermare che se i dati rappresentano il carburante dei mercati digitali, le scorte accumulate dai giganti del *web* grazie ai loro modelli di *business* sono tali da garantire loro un vantaggio competitivo destinato a crescere in misura esponenziale grazie alle ben note esternalità di rete che caratterizzano quei mercati e, soprattutto, difficilmente colmabile se non attraverso l’imposizione di obblighi di *disclosure* e di condivisione che le Autorità *antitrust* sembrerebbero finalmente intenzionate ad imporre. Alcuni nutrono, tuttavia, seri dubbi sull’effettiva capacità di queste misure di riequilibrare i rapporti concorrenziali nei mercati digitali o, quanto meno, di mitigare lo strapotere delle GAFAM, come l’*enforcement* delle misure imposte a Google nell’ambito della c.d. *Google Saga* sembrerebbe confermare²⁷.

In questa prospettiva si pone la richiesta, da più parti avanzata, di incidere direttamente sul modello di *business* degli *over-the-top* attraverso l’adozione di rimedi strutturali (tipo *break-up*), noti e praticati nell’esperienza *antitrust* statunitense, che di recente sembrano tornare di attualità nell’azione avviata dalla *Federal Trade Commission* statunitense nei confronti di Facebook²⁸.

L’alternativa potrebbe consistere nell’attribuire alle Autorità di concorrenza nuovi poteri di regolazione *ex ante* al fine di prevenire fenomeni – come quello della profilatura a fini di *marketing* (e del connesso fenomeno del c.d. *targeted advertising*) – che né il diritto *antitrust* né tanto meno le norme a tutela della *privacy* hanno dimostrato sin qui di saper disciplinare.

Una prima risposta in questo senso sembra provenire dalla istituzione, in

to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices, disponibile al seguente link: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077.

²⁵ Commissione europea, decisione del 27 giugno 2017 (caso n. 39740, *Google Shopping*).

²⁶ Commissione europea, decisione del 18 luglio 2018 (caso n. 40099, *Google Android*).

²⁷ Cfr. D. GERADIN, *Taming the big tech platforms: DG COMP’s remedy problem (as illustrated by the Google saga)*, in *The Platform Law Blog*, 30 novembre 2020.

²⁸ Comunicato stampa del 9 dicembre 2020, *FTC Sues Facebook for Illegal Monopolization*, disponibile al seguente link: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/12/ftc-sues-facebook-illegal-monopolization>.

seno alla *Competition and Markets Authority* britannica, di un'apposita *Digital Markets Unit*, con il dichiarato intento di agevolare condizioni di parità tra i giganti del *web* e gli altri operatori attivi nell'ecosistema digitale (a partire dall'esame, congiuntamente all'Autorità di regolazione inglese Ofcom, di un codice di condotta volto a disciplinare il rapporto tra *Big tech* e fornitori di contenuti, al momento sbilanciato a favore dei primi).

Degna di nota appare anche la iniziativa recentemente assunta dal legislatore tedesco attraverso la modifica del § 19a GWB introdotta in sede di recepimento della direttiva *ECN Plus*, che per certi versi anticipa alcuni dei contenuti del Progetto di Regolamento sul Digital Market Act di cui si dirà tra breve. Anche l'AGCM sembra orientata in questa direzione, come si evince dalla segnalazione inviata al Governo nel marzo del 2021. In quel documento, l'Autorità antitrust italiana propone infatti di inserire, tra le misure di riforma concorrenziale ivi contenute, un ampliamento dei suoi poteri attraverso la introduzione di una *“specifica disposizione, modellata sull'esperienza tedesca, che stabilisca la possibilità di attribuire ad alcune imprese la qualifica di imprese di primaria importanza per la concorrenza in più mercati, alle quali possono essere vietati alcuni comportamenti particolarmente distorsivi della concorrenza”*²⁹.

7. La proposta di Regolamento europeo sul Digital Market Act e la “speciale responsabilità” dei Gatekeepers.

La recente pubblicazione del progetto di Regolamento sul c.d. *“Digital Markets Act”*³⁰ e il processo avviato in sede europea per la sua adozione sembrerebbero effettivamente andare in questa direzione, puntando a garantire mercati digitali più equi e aperti proprio per il tramite di un intervento regolamentare *ex ante*.

Nella relazione che accompagna la proposta di regolamento UE, si afferma che *“alcune grandi piattaforme agiscono sempre più spesso da Gatekeeper (controllori dell'accesso) tra utenti commerciali e utenti finali e beneficiano*

²⁹ AGCM, Segnalazione S4143 del 21 marzo 2021 in merito a Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri in data 21 marzo 2021, ivi, 97 ss.

³⁰ Si veda la pubblicazione della proposta di Regolamento UE sul Digital Markets Act del 15 dicembre 2020, disponibile al seguente *link*: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_it.

di una posizione consolidata e duratura, spesso risultante dalla creazione di ecosistemi conglomerati attorno ai loro servizi di piattaforma di base, che rafforza le barriere all'ingresso già esistenti". "I gatekeeper – prosegue la relazione – hanno un impatto enorme sui mercati digitali nei quali sono radicati e ne controllano di fatto l'accesso, creando tra loro e molti utenti commerciali una forte dipendenza che sfocia talvolta in comportamenti sleali nei confronti di tali utenti. La situazione descritta ha inoltre effetti negativi sulla contendibilità dei servizi di piattaforma di base in questione".

Pratiche sleali e mancanza di contendibilità creano a loro volta inefficienza nel settore digitale in termini di "prezzi più alti, qualità inferiore, minore scelta e minore innovazione": insomma, l'esatto contrario di quel circolo virtuoso tra concorrenza e innovazione che viene descritto nei modelli teorici. Da qui la scelta (per certi versi obbligata, ma nient'affatto scontata) del legislatore europeo d'intervenire con nuovi strumenti di regolazione *ex ante* espressamente disegnati per imbrigliare l'enorme potere (non solo economico) nel frattempo acquisito dalle grandi piattaforme, che si affiancano, ma non sostituiscono, i tradizionali istituti posti a tutela della concorrenza e del mercato. Si tratta di due progetti di regolamento (noti rispettivamente come *Digital Service Act* e *Digital Market Act*) che sono stati pubblicati alla fine dello scorso anno.

La proposta, infatti, prevede l'individuazione e la soggezione alla nuova disciplina dei cc.dd. *Gatekeepers* attraverso criteri quantitativi ben precisi: (i) fatturato annuo SEE superiore a 6,5 miliardi di euro negli ultimi tre anni o capitalizzazione di mercato media o valore equo di mercato equivalente superiore a 65 miliardi di euro nell'ultimo anno, con contestuale fornitura di una *core platform service* in almeno tre Stati membri; (ii) oltre 45 milioni di utenti finali attivi mensili nell'Unione; e (iii) oltre 10.000 utenti aziendali attivi all'anno.

L'operatore che soddisfa i predetti requisiti sarà tenuto a notificarlo alla Commissione, che avrà inoltre il potere di individuare altresì *gatekeepers* che non possiedano tutti i predetti requisiti.

La proposta di Regolamento prevede ammende fino al 10% del fatturato mondiale totale annuo dell'impresa e una penalità di mora fino al 5% del fatturato medio giornaliero per eventuali comportamenti illeciti consistenti, *inter alia*, nel:

- discriminare i servizi offerti dai propri utenti *business* a favore dei propri servizi (divieto peraltro già introdotto con il nuovo reg. n. 1150/2019, entrato in vigore il 12 luglio 2020);
- violazione dell'obbligo di garantire l'interoperabilità con la propria piattaforma ad altre piattaforme concorrenti;

- impedire ai consumatori di mettersi in contatto con le imprese al di fuori della propria piattaforma; gli obblighi di condividere, nel rispetto delle norme sulla *privacy*, i dati che vengono forniti o generati attraverso le interazioni degli utenti commerciali e dei loro clienti sulla piattaforma dei *Gatekeepers*.

La proposta di Regolamento è soggetta alla procedura legislativa ordinaria dell'UE, la quale prevede un *iter* piuttosto articolato che coinvolge il Parlamento europeo e il Consiglio e che con ogni probabilità, comporterà numerosi emendamenti prima che venga raggiunto un compromesso definitivo.

Tuttavia, si può sin d'ora rilevare come il progetto costituisca una importante conferma della volontà delle istituzioni europee di disciplinare il potere di mercato acquisito dalle grandi piattaforme mediante un approccio regolatorio *ex ante*, attesa la inefficacia – o comunque la insufficienza – di interventi e di sanzioni *ex post* come quelli attualmente previsti dalla normativa a tutela della concorrenza.

L'obiettivo, neanche tanto nascosto, è quello di elaborare un modello europeo di regolazione delle grandi piattaforme sulla falsariga di quanto già avvenuto per il GDPR. La sfida, non meno ambiziosa, è quella di proporre l'adozione di questo modello su scala mondiale in modo da renderlo idoneo a fronteggiare la dimensione (non solo geografica) dei nuovi mercati digitali.