

Il potere *across markets* delle GAFAM: come reagire?

GAFAM's power across markets: how should we deal with it?

di Giulia Ferrari *, Mariateresa Maggiolino **

ABSTRACT:

Grandi imprese tecnologiche, come Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft, godono di diversi vantaggi competitivi che consentono loro di formare ecosistemi. Il diritto anti-trust non dispone degli strumenti più appropriati per gestire il potere che queste imprese vengono così ad esercitare “across markets”. Tuttavia, i legislatori europeo e tedesco hanno appena predisposto nuove soluzioni per far fronte a questo fenomeno. Il presente lavoro le confronta e discute brevemente.

Parole chiave: antitrust; piattaforme dominanti; *big data*; potere di mercato, potere

Large technology companies, such as Google, Amazon, Facebook, Apple and Microsoft, enjoy various competitive advantages that allow them to form ecosystems. Antitrust law does not have the appropriate tools to manage the power that these companies exercise “across markets”. However, European and German legislators have just prepared new solutions to face this phenomenon. This paper compares and briefly discusses them.

Keywords: antitrust; dominant platforms; big data; market power; power

SOMMARIO:

1. Premessa. – 2. I tratti distintivi della quarta rivoluzione industriale e la produzione di valore: perché diamo così tanta importanza ai *big data*. – 3. Alcune possibili concettualizzazioni della relazione tra i *big data* e il potere. – 4. Il vero potere che risiede nei *big data*: la capacità di co-

* Ph.D. in Business e Social Law, Università Commerciale Luigi Bocconi; e-mail: ferrari.g@unibocconi.it.

** Professore Associato di diritto commerciale, Università Commerciale Luigi Bocconi; e-mail: mariateresa.maggiolino@unibocconi.it.

gliere nuove opportunità di business. – 4.1. L'ipotesi di muoversi oltre le pari opportunità in tema di dati. – 5. Le risposte tedesca ed europea agli ecosistemi delle GAFAM. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Nell'era della quarta rivoluzione industriale, il dibattito in tema di concorrenza è stato sempre più spesso animato da una preoccupazione: che in un prossimo futuro alcune imprese, come Amazon, Google, Facebook, Apple o Microsoft, arrivino a dominare tutti i settori dell'economia; ed in effetti, nel corso degli ultimi anni, le c.d. GAFAM hanno per lo meno dimostrato di godere del dono dell'ubiquità, entrando in tanti e diversi mercati, ancorché tutti merceologicamente distanti dalla propria primigenia area di elezione, ossia – in termini più manageriali – dal proprio *core business*. Si consideri, ad esempio, che ad oggi Amazon può rendere disponibili ai propri clienti tanto strumenti di pagamento e mezzi di finanziamento quanto forme di intelligenza artificiale, sebbene questa piattaforma sia nata quantomeno intenzionalmente “giusto” per fare da intermediario nella vendita e distribuzione di beni e servizi.

A fronte di un possibile dominio “*across markets*” delle suddette imprese¹, chi studia il diritto antitrust è stato sollecitato a individuare delle vie – anche originali – per aggredire tali giganti², quasi si desse per scontato che i loro ecosistemi siano il frutto di condotte anticoncorrenziali o – ipotesi forse più veridica – quasi si dovesse impedire l'avverarsi del pronosticato scenario, di là dalla eventualità che esso risulti o meno dal connubio tra il naturale operare delle forze di mercato e le caratteristiche strutturali del mercato medesimo³.

¹ N. PETIT, *Tech Giants, Competition And Innovation: The Seen And The Unseen*, 2020.

² M. CAPPAL, G. COLANGELO, *Navigating the Platform Age: the 'More Regulatory Approach' to Antitrust Law in the EU and the U.S.*, Stanford-Vienna TTLF Working Paper No. 55, 10 aprile 2020, consultabile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3572629>.

³ I principali fenomeni digitali ed i loro impatto sui tradizionali concetti dell'analisi e della normativa a tutela della concorrenza sono stati approfonditi nell'ambito di autorevoli report e studi di recente pubblicazione; tra questi si veda a titolo di esempio J. CRÉMER, Y.A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, Report finale per la Commissione Europea, 2019; J. FURMAN *et alii*, *Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel*, 2019; AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques*, 2020; AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO *et alii*, *Indagine conoscitiva sui big data*, 2020.

Detto ancora più esplicitamente, diffusa è la sensazione che il caso di poche imprese tra loro concorrenti in tanti e diversi mercati debba essere scongiurato “*whatever it takes*”, ossia anche qualora il successo delle GAFAM fosse decretato da consumatori avveduti e informati che, consapevolmente, preferiscono la proposta commerciale delle società statunitensi a quella delle altre imprese⁴.

Ebbene, questa volontà di intervento “ad ogni costo” – che evidentemente rivela una granitica (!) fiducia nelle capacità dei rivali delle GAFAM di produrre beni e servizi migliori rispetto a quelli resi disponibili da questi giganti – ha sulle prime alimentato e nutrito le più disparate discussioni: da quella, invero consueta, sugli obiettivi della disciplina antitrust⁵ a quella, più di nicchia, in merito alle critiche alla direttiva denominata PSD2, la quale avrebbe avuto il demerito di favorire proprio le big tech a danno delle banche, sebbene alcune tra queste ultime siano certo dominanti nei relativi mercati⁶.

In mesi più recenti, invece, in sede tedesca ed europea si sono elaborate delle prime risposte, rispettivamente di matrice antitrust e regolatoria, per provare a governare proprio il caso di queste imprese che operano su diversi mercati, costituendo ecosistemi digitali. In questa sede si offrirà una breve – anzi brevissima – descrizione delle nuove norme che, per lo meno, hanno il merito di aver sgombrato il tavolo dall’eventualità che le GAFAM siano indiscriminatamente tenute a condividere con terzi, concorrenti e non, i dati e le altre risorse – prima tra tutte, la tecnologia – in cui si radicano i loro vantaggi competitivi.

2. I tratti distintivi della quarta rivoluzione industriale e la produzione di valore: perché diamo così tanta importanza ai big data.

Nel corso degli ultimi cinque anni si è spesso evidenziato come l’avvento delle tecnologie digitali e il potenziamento delle capacità dei computer abbia-

⁴ Si permetta di rinviare a G. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *From fragile to smart consumers: Shifting paradigm for the digital era*, in *Computer Law & Security Review*, 2019, vol. 35, 173 ss.

⁵ A. EZRACHI, *EU Competition Law Goals and the Digital Economy*, Oxford Legal Studies Research Paper No. 17/2018, 6 giugno 2018 consultabile all’indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3191766> e D. SOKOL, *Antitrust’s Curse of Bigness Problem*, University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 20-12, 15 marzo 2020, in *Michigan Law Review*, 2020, vol. 118, in corso di pubblicazione, consultabile all’indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3554728>.

⁶ O. BORGOGNO, G. COLANGELO, *The data sharing paradox: BigTechs in finance*, 2 maggio 2020, consultabile all’indirizzo <https://ssrn.com/abstract=>.

no permesso alle imprese di acquisire nuovi strumenti per rappresentare e conoscere ciò che li circonda, nonché per riprodurre i percorsi decisionali degli individui.

Sotto il profilo della rappresentazione, ad oggi, molti dispositivi consentono di tradurre i comportamenti umani e i fatti del mondo in stringhe di codice binario. Ad esempio, non solo le imprese che si sono dotate di una infrastruttura IT possono godere di una riproduzione digitale di tutte le loro interazioni e nel caso in cui operino on line riescono a disporre di una traccia digitale di tutte le condotte dei propri clienti che navigano in Internet, ma – ben al di là di quanto forse si sarebbe portati a credere – persino le imprese che operano offline possono raggiungere il medesimo risultato, servendosi di oggetti intelligenti, ossia di apparecchi capaci di trasformare quanto accade intorno a loro in sequenze di uno e zero. Insomma, la quarta rivoluzione industriale ha innanzitutto consentito di procedere con la c.d. datificazione del reale, ossia ha permesso di generare una quantità quasi incommensurabile di dati che altro non sono che le registrazioni, in formato digitale, dei fatti e dei comportamenti che si consumano nella realtà.

Sotto il profilo della conoscenza, poi, la possibilità di dare una veste unitaria – le stringhe di uno e zero – alle appena descritte osservazioni, qualsiasi ne sia l'oggetto (dalla temperatura di una stanza all'età di un Internet-nauta), aiuta ad accomunarle tutte in un unico “calderone”, per poi sviluppare una modalità, altrettanto omogenea, di processarle. Più chiaramente, la circostanza che vuole che i più disparati contenuti si traducano tutti in sequenze di codice binario permette, per un verso, di mescolarli, assemblarli e combinarli tra loro dando luogo ai c.d. *big data* e, per altro verso, di assoggettarli tutti a un sistema unitario di analisi: le c.d. tecniche di *big data analytics*. Queste ultime costituiscono un insieme di software capaci di estrarre significati dalle menzionate stringhe individuando anche (ma non solo) correlazioni altrimenti nascoste tra i fatti, apparentemente tra loro indipendenti, che quelle stringhe rappresentano. Le tecnologie che caratterizzano la quarta rivoluzione industriale, grazie alla velocità dei computer ed alle loro potenziate capacità di immagazzinamento e calcolo, hanno quindi reso possibile ampliare il dominio della conoscenza esplicita, facendo emergere anche informazioni che altrimenti sarebbero rimaste nascoste.

Infine, in tema di percorsi mentali, bisogna dare conto di come le imprese stiano oggi investendo non poche risorse per sviluppare “cervelli” che, sebbene non umani, riescano a porre in essere i descritti processi di rappresentazione e conoscenza. Nel corso degli ultimi anni, l'avvento delle tecnologie digitali e il potenziamento delle capacità dei computer hanno permesso di sviluppa-

re la c.d. intelligenza artificiale, vale a dire un insieme di programmi per computer capaci, in virtù della sequenza di ordini e comandi in cui si articolano (i c.d. algoritmi), di simulare l'intelligenza umana per offrire risposte a domande specifiche, individuare correlazioni tra fenomeni, formulare predizioni nonché, nel tempo, migliorare l'esecuzione di queste e altre attività connesse alla conoscenza e comprensione del mondo. E giacché – come tutti noi sappiamo – l'intelligenza umana procede anche elaborando giudizi informati in risposta agli interrogativi più disparati, cogliendo somiglianze e differenze, riconoscendo modelli di comportamento e ricorrenze, nonché immaginando scenari futuri, non deve stupire se, passando in rassegna alcune delle più famose tecnologie di intelligenza artificiale, ci si imbatte in: programmi per l'elaborazione di inferenze logiche e alberi decisionali, evidentemente utili alla formulazione di risposte e predizioni; software di apprendimento automatico, affinché le macchine imparino a modificare le proprie condotte in rapporto alla mutevole realtà che circonda loro; sensori e programmi per la percezione e l'esecuzione del movimento, nonché programmi di riconoscimento del linguaggio, delle immagini e delle voci, tutti ugualmente funzionali a che i computer sappiano da sé “osservare” la realtà, distinguendo gli oggetti che la compongono, anche qualora si trovino in testi scritti⁷.

Certo, anche per mitigare l'impatto della quarta rivoluzione industriale, si potrebbe argomentare che l'essere umano, percependo i fatti del mondo attraverso i propri sensi e i propri strumenti, da sempre produce osservazioni e registrazioni – in una parola, dati – che poi utilizza per formarsi un'idea di ciò che lo circonda, per rispondere cioè a domande come “cosa?”, “in che modo?”, “perché?” e dunque per inferire informazioni da quei dati. Analogamente, essendo gli esseri umani muniti di intelligenza, si potrebbe contestare l'utilità di riprodurre artificialmente dei percorsi cognitivi che già si danno in natura. Rispetto al passato, però, l'avvento delle tecnologie digitali e il potenziamento delle capacità dei computer hanno permesso di disporre non solo di un numero infinitamente più grande di registrazioni del reale, ma anche di applicare tecniche assai più sofisticate e potenti per analizzarle, così da estrarne informazioni sempre più precise ed accurate. Analogamente, in un prossimo futuro, un massiccio ricorso all'intelligenza artificiale potrebbe consentire di raggiungere

⁷ L'intelligenza artificiale è proliferata nel mercato dei prodotti di consumo con la crescita della c.d. «*Internet of Things*» («*IoT*»). I dispositivi *IoT* sono prodotti di consumo «intelligenti» che incorporano l'intelligenza artificiale e la connettività Internet nelle loro funzionalità. Esempi di *IoT* includono i prodotti Echo di Amazon con Alexa, i prodotti Apple con Siri, ed i dispositivi «*smart home*» per il controllo di funzioni come temperatura, illuminazione e sicurezza domestica.

obiettivi assai ambiziosi in tempi e con un grado di efficienza non replicabili dagli esseri umani.

Ora – per quanto qui più interessa – occorre evidenziare come, allo stato, le imprese sfruttino le possibilità e opportunità tecnologiche offerte loro dalla quarta rivoluzione industriale utilizzando i big data come input di diversi processi industriali volti a produrre valore.

In primo luogo, le imprese possono utilizzare le informazioni inferite dai dati raccolti come base di lavoro per programmi di intelligenza artificiale⁸, ossia per sviluppare degli algoritmi decisionali che successivamente impiegheranno o “al proprio interno” – per individuare le scelte da adottare con riferimento a loro stesse, come ad esempio accade nel caso dei c.d. *robo-managers* e dei *robo-directors* – oppure “all’interno di servizi rivolti a terzi”. In quest’ultima circostanza, ovvero nel caso dei c.d. servizi di *robo-advisors*, gli algoritmi sviluppati sulla scorta dei dati raccolti e che lavorano su quei dati servono infatti a suggerire, nonché a gestire, i portafogli di strumenti finanziari e patrimoniali in cui i clienti potrebbero investire in ragione delle proprie preferenze⁹.

Inoltre, le imprese possono scegliere di vendere pacchetti di dati e informazioni insieme a software capaci di processarli per ricavarne ulteriori informazioni ad alto contenuto aggiunto, nonché insieme a servizi addizionali che aiutino i clienti a comprendere e valutare dette informazioni. Nel mercato dei dati finanziari, ad esempio, con lo scopo di offrire ai più disparati operatori (dai promotori finanziari a coloro che offrono servizi fiduciari e di custodia) strumenti personalizzati di analisi, sono nati non pochi provider indipendenti di

⁸ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al COMITATO DELLE REGIONI, *L’intelligenza artificiale per l’Europa*, COM(2018) 237 final, Bruxelles, 25 aprile 2018. Qui la Commissione evidenzia come la disponibilità di ingenti quantità di dati rappresenti una precondizione necessaria per lo sviluppo dell’intelligenza artificiale: «[s]ono necessari ingenti volumi di dati per sviluppare l’IA. L’apprendimento automatico, un tipo di IA, opera mediante l’individuazione di modelli a partire dai dati disponibili e la successiva applicazione di questa conoscenza ai dati nuovi. Quanto più è grande il set di dati, tanto più accurata sarà l’individuazione delle relazioni anche impercettibili tra i dati. Quando si tratta di utilizzare l’IA, gli ambienti ad alto contenuto di dati offrono anche le maggiori opportunità, perché i dati sono il mezzo attraverso il quale l’algoritmo apprende e interagisce con il suo ambiente. Per esempio, se tutte le macchine e i processi in uno stabilimento producono continuamente dati, è probabile che con l’aiuto dell’IA si possano realizzare ulteriore automazione e ottimizzazione. In un contesto analogico, per esempio in un lavoro basato su documenti cartacei senza dati digitalizzati sulle operazioni in corso, tale automazione non è possibile».

⁹ AA.VV., *La digitalizzazione della consulenza in materia di investimenti finanziari*, in CONSOB, *Quaderni Fintech*, n. 3, gennaio 2019.

dati che possono avere ad oggetto azioni, obbligazioni, valute, indici, derivati, o fondi.

In aggiunta, le imprese possono utilizzare le informazioni estratte dai big data per meglio conoscere o i propri concorrenti – e allora si porrà un profilo di market intelligence che potrebbe sconfinare in un'ipotesi di collusione algoritmica – oppure i propri clienti, come nel caso della loro profilazione finalizzata all'offerta di beni e prezzi personalizzati anche tramite quell'attività di c.d. *targeted advertisement* ad oggi divenuta imprescindibile per le attività che ambiscono ad operare on-line. In ambito finanziario, ad esempio, sebbene i prodotti e servizi da offrire continuano ad essere descritti sulla scorta della propensione al rischio e della solvibilità del cliente, queste caratteristiche vengono ad oggi individuate con un maggiore grado di accuratezza e dettaglio proprio per il livello di granularità dei dati analizzati e per la potenza degli strumenti computazionali impiegati a tal senso.

Infine, le imprese possono diffondere nel mercato l'informazione stessa che inferiscono dai dati sotto forma di classifiche, recensioni e di risultati dei motori di ricerca, delineando la possibilità che si consumino ipotesi di manipolazione dell'informazione così ottenuta e resa disponibile al mercato.

Pertanto, è guardando a come l'informazione inferita dai big data viene utilizzata nella prassi commerciale che nasce spontaneo concettualizzare i big data come una risorsa indispensabile allo sviluppo delle attività imprenditoriali che aspirino a trovare uno spazio nell'economia digitale, nell'economia della quarta rivoluzione industriale. Meglio, è alla luce di quanto sinora osservato che si è indotti ad associare i big data ad una generica idea di potere da intendersi come la capacità delle imprese di utilizzare queste risorse per intervenire sul reale e avvantaggiarsi del valore così prodotto.

Tuttavia, non è detto che tale capacità sia riconducibile a quella nozione di "potere di mercato" con cui il diritto antitrust è solito confrontarsi; ecco perché nelle prossime pagine occorrerà svolgere qualche rapida – anzi, rapidissima – considerazione sulle forme di potere che possono accostarsi ai big data.

3. Alcune possibili concettualizzazioni della relazione tra i big data e il potere.

La relazione tra i big data e il potere può essere concettualizzata da diversi punti di vista. Dapprima, si può considerare come i big data possano essere utilizzati dalle imprese per manipolare le preferenze dei consumatori, ossia per fare in modo che questi ultimi vengano falsamente o surrettiziamente indotti a

preferire delle imprese invece di altre, in ragione dell'ordine secondo cui sono proposti i risultati dei motori di ricerca, oppure sulla scorta delle recensioni diffuse e/o delle classifiche elaborate¹⁰. Tuttavia, come altrove argomentato¹¹ e come il celebre caso *Google Shopping* dimostra¹², il diritto della concorrenza non può perseguire la manipolazione dell'informazione in quanto tale, a meno che essa non integri gli estremi delle fattispecie antitrust, risultando ad esempio l'oggetto di un'intesa, come nel caso *Hoffman La Roche Novartis*¹³ o l'effetto di una condotta unilaterale capace di escludere i concorrenti e di far aumentare i prezzi di mercato. Del resto, esiste pur sempre la disciplina a tutela dei consumatori, la quale potrebbe ben giocare un ruolo nel fronteggiare attività illecite tese a privare acquirenti di beni e servizi della capacità di autodeterminarsi¹⁴.

In aggiunta, sempre altrove si è già osservato come i big data non siano fonte di potere di mercato¹⁵, semplicemente perché il loro utilizzo non consente ad un'impresa di peggiorare la sua offerta, pur mantenendo elevati i propri livelli di profitto. Al contrario, le informazioni inferite dai big data permettono alle imprese di migliorare i beni e i servizi che offrono ai consumatori, modificando questi prodotti in modo da incontrare maggiormente le loro preferenze attuali e potenziali, presenti e future.

Ebbene, questa terza forma di potere può ben essere catturata dal diritto antitrust, qualificandola come una barriera all'ingresso, ossia argomentando che un'impresa che volesse competere con chi detiene dei big data dovrebbe esse-

¹⁰ T. ZARSKY, *Online privacy, tailoring and persuasion*, in K.J. STANDBURG, D.S. RAICU, *Privacy and technologies of identity*, Springer, 2006, 209 e A. QUENTIN *et alii*, *Consumer Choice and Autonomy in the Age of Artificial Intelligence and Big Data*, in *Customer Needs and Solutions*, 2018, 28.

¹¹ Sul punto si permetta di rinviare a M. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *La manipolazione dell'informazione come illecito antitrust*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, 159.

¹² CE, 27 giugno 2017, caso AT.39740.

¹³ AGCM, Provvedimento n. 24823 del 27 febbraio 2014, I760 – *Roche-Novartis/Farmaci Avastin E Lucentis*. Il caso è stato oggetto di ricorso al TAR ed al Consiglio di Stato e di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia su iniziativa di quest'ultimo; cfr. TAR Lazio, sentenza n. 12168/2014; Cons. St., sentenza n. 4990/2019; Corte Giust., sentenza 23 gennaio 2018, C-179/16.

¹⁴ A. JABLONOWSKA *et alii*, *Consumer Law and Artificial Intelligence: Challenges to the EU Consumer Law and Policy Stemming from the Business'Use of Artificial Intelligence – Final report of the ARTSY project*, 2018, EUJ Department of Law Research Paper No. 2018/11, disponibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3228051>.

¹⁵ In tema sia consentito richiamare quanto scritto in M. MAGGIOLINO, *I big data e il diritto antitrust*, Napoli, Egea, 2018, 266 ss.

re altrettanto capace di ampliare la propria conoscenza e, così, migliorare la propria offerta, perfezionando i propri prodotti e/o servizi in termini di prezzi, qualità, o livello di innovazione. Si è intenzionalmente detto “catturata” e non “perseguita” perché, in generale e a differenza di altre specie di intervento dei pubblici poteri nel mercato, il diritto antitrust non agisce per abbattere le barriere all’ingresso, ma prende atto dell’esistenza delle stesse per, al più, apprezzare la potenziale durata del potere di mercato delle imprese protette da quelle barriere. In particolare, poi, finché ad essere analizzate sono condotte che, come la raccolta e l’accumulazione dei dati, determinano comunque un miglioramento dell’offerta, non esiste modo per considerare gli effetti escludenti propri di ogni barriera come preponderanti rispetto all’aumentato soddisfacimento dei consumatori, cioè per ritenere la raccolta e l’accumulazione dei dati alla stregua di una pratica anticoncorrenziale, anche quando posta in essere da un’impresa già in posizione dominante¹⁶.

Infine, esiste una quarta forma di potere che le imprese possono derivare dal controllo dei big data – una forma di potere che, grazie ad un costante monitoraggio di ciò che accade in un dato settore o mercato, finisce con il consistere nella capacità di capire prima e meglio dei propri rivali come evolverà il mercato e come i consumatori potrebbero essere soddisfatti. E ciò con l’effetto ultimo di consentire a queste imprese di posizionarsi con anticipo rispetto ai concorrenti, in modo da cogliere gli effetti positivi dei prefigurati sviluppi.

4. Il vero potere che risiede nei big data: la capacità di cogliere nuove opportunità di business.

In tempi recenti, le grandi imprese come Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft sembrano godere del dono dell’ubiquità, poiché esse hanno rapidamente costruito i loro ecosistemi entrando, con rapidità e semplicità, in tanti e diversi mercati. In particolare, grazie ad un’intensa proliferazione di prodotti e servizi differenti più che diversificati, le *big tech* hanno raggiunto fatturati non comprensibili guardando ai singoli mercati nei quali esse sono nate, sebbene proprio detti mercati siano ad oggi oggetto del loro dominio. In altri termini, il potere economico vantato da queste imprese è ben più significativo del potere di mercato, ancorché già dominante, di cui esse dispongono nei rispettivi mercati rilevanti, vale a dire nei mercati – si badi – non dei big data, ma dei motori di ricerca, dei servizi di intermediazione per la compra-

¹⁶ *Ibidem*, 204 ss.

vendita online, dei servizi di *social networking*, o nei mercati per lo sviluppo di alcuni programmi per computer.

Posto che le *big tech* entrano nei nuovi mercati essenzialmente in due modi, acquisendo un'altra impresa o sviluppando un nuovo prodotto/servizio, il diritto antitrust è chiamato ad interrogarsi sulla liceità di comportamenti che si qualificano o come concentrazioni o come condotte unilaterali di imprese in posizione dominante.

Tuttavia, le operazioni di concentrazione per effetto delle quali un'impresa si integra in un mercato differente da quello in cui opera sono considerate anticompetitive solo in circostanze decisamente specifiche, ovvero quando comportano la soppressione di nuova tecnologia¹⁷, oppure precludono l'accesso o a un input o a un canale distributivo essenziale. A quest'ultimo proposito è emblematico il caso *Facebook/WhatsApp*. In tale fattispecie, la Commissione Europea ha scelto di autorizzare la concentrazione tra le due società statunitensi dopo aver verificato come essa non desse luogo ad alcuna forma di preclusione anticompetitiva. I bacini di dati così sommati continuavano cioè ad ammettere dei sostituti, dopo aver escluso che, per effetto dell'acquisizione di WhatsApp, Facebook diventasse l'unico custode (c.d. *gatekeeper*) dei dati digitali relativi agli utenti. La Commissione ha chiaramente affermato che, anche dopo l'operazione, «there will continue to be a large amount of Internet user data that are valuable for advertising purposes and that are not within Facebook's exclusive control»¹⁸, finendo così con il sostenere come i concorrenti delle parti, dalle compagnie telefoniche alle altre piattaforme digitali, fossero comunque in grado di accedere a delle fonti alternative di *Internet user data* utili a fini commerciali.

Analogamente, è assai raro che una condotta unilaterale che comporta la produzione di un nuovo prodotto e/o servizio e dunque l'ingresso di un nuovo rivale in mercato possa considerarsi anticompetitiva, sebbene il nuovo entrante sia un'impresa in posizione dominante in un altro mercato. Sempre emblematico, al riguardo, è il caso dei servizi di pagamento. L'ampia disponibilità di dati circa variabili quali le consuetudini di pagamento, i vincoli di bilancio e la solvibilità degli utenti, ha recentemente consentito a non poche *big tech* di inserirsi nel mercato dei servizi di pagamento, pur non possedendo alcuna pre-

¹⁷M. BOURREAU, A. DE STREEL, *Digital Conglomerates and EU Competition Policy*, 11 marzo 2019, consultabile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3350512>.

¹⁸CE, 3 ottobre 2014, caso COMP/M.7217, §§ 188-189. Si vedano anche il caso *Tom-Tom/Tele Atlas* (CE, 14 maggio 2008, caso COMP/M.4854) e il caso *Google/DoubleClick* (CE, 11 marzo 2008, caso COMP/M.4731) per altre ipotesi in cui la Commissione ha negato l'esistenza di una preclusione anticompetitiva.

gressa competenza specifica in questo settore. Ebbene, questo ingresso non poteva che essere salutato con favore dal diritto antitrust, perché esso ha comportato: (i) ridotti prezzi al consumo – i servizi finanziari e bancari sono offerti dalle *Big Data Companies* a prezzi nulli; (ii) un'aumentata qualità dei prodotti – questi servizi incontrano le preferenze dei consumatori in termini di velocità e semplicità; e (iii) l'evidente aumento del grado di innovazione. Sotto quest'ultimo profilo occorre, infatti, ricordare che – come accennato discutendo della flessibilità con cui le *big tech* si spostano da un mercato all'altro – queste imprese trovano spazio nei mercati dei servizi bancari e finanziari anche a causa dei limiti tecnologici delle banche e degli istituti finanziari, i quali non contemplano nel loro *core business* la produzione di software.

Per contro, diverso è il caso in cui l'ingresso – o meglio l'affermazione – in un nuovo mercato sia frutto di una strategia escludente che, a prescindere dai meriti della piattaforma, sia in grado di far leva su alcuni dei vantaggi competitivi detenuti dalla piattaforma medesima nel mercato già dominato (quali dati, tecnologia, forza del brand, duplice ruolo della piattaforma) per acquisire spazio in nuovi segmenti¹⁹.

Ora, posto che la prassi antitrust potrebbe anche modificarsi, il punto che merita di essere esaminato è che i big data devono per certo annoverarsi tra i fattori che hanno reso possibile tale “ubiquità di mercato”, giacché la possibilità di analizzare in tempi assai rapidi enormi quantità di dati e di estrarre informazioni da contenuti eterogenei e distanti rispetto ai contenuti raccolti ha consentito alle big tech non solo di individuare opportunità di business altrimenti non conoscibili, ma anche di accorciare i tempi di apprendimento.

È questa la forma più eclatante di potere che i big data portano con sé.

Ecco perché sotto il profilo competitivo, lo scenario che più preoccupa non è tanto e non è soltanto quello di imprese che abusano del proprio potere di mercato – scenario certo non auspicabile, ma con cui gli ordinamenti europei e nordamericani sono soliti confrontarsi, sempre a patto che vogliano intervenire, ma questo non è un tema di regole, ma di enforcement.

Lo scenario che più spaventa è quello di pochissime imprese che riescono a godere di un vantaggio competitivo impareggiabile che consenta loro di collocarsi ovunque prima e meglio dei propri rivali, andando così a sviluppare degli ecosistemi che, seppur confrontandosi aspramente tra loro, potrebbero rimane-

¹⁹ Emblematici in questo senso appaiono i casi italiani aperti (ed in procinto di definizione) contro Amazon e Google; cfr. AGCM, Provvedimento n. 27623 del 10 aprile 2019, A528 – *Fba Amazon* e Provvedimento n. 27771 dell'8 maggio 2019, A529 – *Google/Compatibilità App Enel X Italia Con Sistema Android Auto*.

re gli unici a campeggiare nel più generale sistema economico. In altri termini, il vero pericolo competitivo di cui la quarta rivoluzione industriale è portatrice non riguarda le modalità illecite con cui le imprese acquisiscono dati, né il controllo di specifici insiemi di dati che alcune imprese potrebbero precludere ai rivali – tutte condotte delle quali il diritto antitrust può interessarsi; il vero pericolo competitivo insito nella quarta rivoluzione industriale concerne l'eventualità che molte imprese non riescano a formarsi quella conoscenza del mondo e dei comportamenti umani che invece risulta già disponibile a poche rivali, le quali non per caso risultano tra le prime a sviluppare nuovi prodotti e servizi.

Ebbene, a fronte di detto rischio competitivo, il diritto antitrust contemporaneo può poco, ma non perché esso tutela il corretto funzionamento del mercato in luogo di un'equa distribuzione della ricchezza o di altri valori dal sapore più squisitamente politico²⁰. Il diritto antitrust può poco perché, come sopra osservato parlando di concentrazioni conglomerali o di ingressi in nuovi mercati, esso assume una prospettiva di "equilibrio economico parziale", ossia procede "mercato per mercato", accertando il potere di cui un'impresa gode in un dato mercato e verificando che la condotta di quella impresa non peggiori, a danno dei consumatori, l'equilibrio raggiunto tra domanda e offerta in quello stesso mercato.

Inoltre, al momento, dottrina e giurisprudenza non sono riuscite a coniare delle categorie di analisi capaci di abbracciare l'effetto aggregato e, per ovviare al problema delle pari opportunità circa la conoscenza del mondo e dei comportamenti umani, propongono una soluzione regolamentare, cioè l'apertura di tutti i dati da chiunque essi siano controllati, così che tutte le imprese possano partire da questa base comune per poi sviluppare i propri prodotti e servizi, compresa l'intelligenza artificiale. In questo contesto si colloca, ad esempio, la disciplina della *Public sector information*, quale prescritta dalla Direttiva 2003/98/EC. Inoltre, in questa prospettiva, si spiegano l'art. 20 del GDPR e la PSD2. L'art. 20 del GDPR – una soluzione chiaramente bottom-up – responsabilizza i consumatori, chiedendo loro di essere sufficientemente consapevoli

²⁰ In dottrina si è sviluppato un vivace dibattito circa il contributo che il diritto antitrust può apportare al fine di ridurre le crescenti disuguaglianze nella distribuzione della ricchezza osservate nel mondo occidentale – anche a causa di fenomeni, quali i big data, l'avvento delle tecnologie dell'informazione, e la globalizzazione – ritenute idonee a minare il funzionamento del meccanismo democratico. Cfr., ad esempio, T. PIKETTY, *Capital In The Twenty-First Century*, Cambridge, MA, 2014 e J.E. STIGLITZ, *The Price Of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future*, W.W. Norton & Co., 2012, 338 dove l'A. sostiene che la disuguaglianza potrebbe essere meglio affrontata tramite delle «stronger and more effectively enforced competition laws».

da far circolare i propri dati tra due o più imprese. La PSD2 – una soluzione altrettanto chiaramente top-down – impone una generale obbligazione a condividere i dati ritagliata su uno specifico settore e subordinata al consenso dei correntisti. E con ciò richiede la spendita di un certo capitale politico.

Infatti, non vi è chi non veda come il favore per una generica e indiscriminata apertura dei dati ponga almeno due ordini di problemi. In primo luogo, con riferimento ai dati personali, comporta la neutralizzazione del principio del consenso, ossia la possibilità che i titolari di quei dati finiscano per vederli condivisi anche tra soggetti non espressamente autorizzati a trattarli. In secondo luogo, anche laddove si volesse escludere *ab ovo* l'esistenza di un diritto di proprietà sui dati non personali raccolti da una impresa, potrebbe essere vero che l'impresa costretta a condividere quei dati e dunque indotta a perdere il vantaggio competitivo insito negli stessi, possa di conseguenza non solo smettere di raccogliarli, ma anche di investire nei prodotti e nei servizi che l'analisi di quei dati può generare. Se così fosse, saremmo di fronte a un dilemma: lasciare che alcune imprese godano di un vantaggio competitivo forse impareggiabile, disponendoci dunque a uno scenario in cui queste poche imprese competeranno tra loro con i propri ecosistemi, oppure annullare tale vantaggio, di modo che le imprese siano chiamate a competere solo sulla tecnologia e non sull'accesso ai dati, con ciò rischiando che si riducano in generale gli incentivi ad innovare e, conseguentemente, anche a produrre intelligenza artificiale.

Ma vi è comunque di più. Se anche optassimo per la condivisione dei dati, così da azzerare il vantaggio cognitivo delle *big tech* rispetto alle loro rivali, non è chiaro dove ci dovremmo fermare, giacché le GAFAM non sopravanzano le altre imprese soltanto in termini di conoscenza, bensì anche rispetto ad altri fattori.

4.1. *L'ipotesi di muoversi oltre le pari opportunità in tema di dati.*

Le menzionate società statunitensi non godono soltanto di big data, ma anche di enormi capitali che quindi permettono loro di sostenere un'elevata propensione al rischio. Ora, laddove un'impresa ordinaria potrebbe rinunciare a sfruttare un'opportunità di business disvelata dai big data per ragioni di convenienza, una *big tech* ha importanti capitali da destinare a molteplici percorsi innovativi che procedono secondo lo schema del tentativo e dell'errore. Quindi, non è detto che, condividendo i dati, il divario competitivo di cui si parla verrebbe a colmarsi.

Inoltre, non bisogna dimenticare che i (pur differenti) prodotti e servizi realizzati dalle GAFAM presentano un importante elemento in comune: essi implicano la scrittura di codice. Di fatto, le menzionate società sono innanzitutto società digitali, perché la competenza principale che esse preservano e potenziano riguarda lo sviluppo di codice: un codice che potrebbe tradursi in uno strumento di pagamento, in un mezzo di finanziamento o, ancora, in un programma di intelligenza artificiale, ma che in ultima analisi resterebbe un codice. Diversamente, le altre imprese – quelle che sopra si sono chiamate ordinarie, perché abituate a operare nei settori non digitali – non possiedono competenze così trasversali da permettere loro di saltare da un mercato all'altro con la medesima rapidità e semplicità. A titolo di esempio, si pensi a un mutuo e a un frigorifero intelligente. Per un'impresa non digitale, si tratta evidentemente di prodotti molto differenti tra loro; per un'impresa digitale sono dei risultati di due programmi software che, in quanto tali, presentano almeno un tratto – *rectius*, una funzione aziendale e una competenza – comune: le linee di codice da scrivere. Di conseguenza, anche da questo punto di vista si potrebbe avanzare il dubbio che, da solo, il disvelamento di nuove opportunità di business reso possibile dalla condivisione dei dati non possa colmare lo iato competitivo che separa le GAFAM dalle altre imprese.

Di qui, dunque, alcune provocazioni: se l'obiettivo che si vuole raggiungere ad ogni costo è evitare che in un prossimo futuro alcune imprese raggiungano un dominio trasversale a diversi mercati, posto che il diritto antitrust può ben poco, si potrebbe anche procedere imponendo alle *big tech* – e, per portare il ragionamento fino ai suoi estremi, solo alle *big tech* – di condividere i propri dati con chiunque ne faccia richiesta. Tuttavia, non è chiaro se una volta riconosciuta alle imprese la stessa dotazione iniziale in termini di dati, questo impegno nel senso delle pari opportunità potrebbe continuare, riguardando anche la tecnologia o altre risorse di cui solo alcune imprese potrebbero disporre – o, *rectius*, di cui solo alcune imprese come le GAFAM già dispongono. Nasce cioè il sospetto che questa quarta rivoluzione industriale possa indurre – e stia inducendo le autorità pubbliche – a diffidare del meccanismo concorrenziale sino al punto da far loro argomentare che, finché a vincere non saranno soggetti diversi dalle GAFAM, allora bisognerà intervenire per garantire ai loro rivali risorse equivalenti a quelle di cui già dispongono queste imprese. Insomma, nasce il sospetto che il tema non sia lasciare il mercato libero di agire, ma sostituirsi al mercato per scegliere i vincitori.

In modo meno provocatorio, le istituzioni tedesche ed europee hanno predisposto delle soluzioni comportamentali che, più che appuntarsi sulle dotazioni iniziali delle imprese, si focalizzano sulle loro condotte dal momento in cui dette imprese si qualificano come *gatekeeper* o come imprese di fonda-

mentale importanza proprio per la concorrenza “*across markets*”²¹.

In particolare, già qui vale la pena di menzionare quelle soluzioni comportamentali che, individuate sia dal Digital Market Act europeo (d’ora in poi, DMA) sia dalla novella della legge tedesca in tema di concorrenza, si focalizzano sulla raccolta dei dati, per: (i) garantire la correttezza e trasparenza della medesima raccolta; (ii) impedire a una piattaforma integrata su mercati collegati a quello dominato di sfruttare il proprio vantaggio informativo a danno dei concorrenti che, pur presenti in quei mercati secondari, non godono dei medesimi dati; (iii) consentire, pur sempre entro certi limiti, che i dati ottenuti da una particolare piattaforma siano oggetto di condivisione con altri soggetti.

Così, in primo luogo, contiamo gli artt. 5, lett. a) e 6, lett. h) del DMA. La prima disposizione, ispirandosi non troppo velatamente ai fatti sottesi al caso *Facebook* concluso dal Bundeskartellamt²², stabilisce che il *gatekeeper* si astenga dal combinare dati personali ricavati dai servizi di piattaforma di base con dati personali provenienti da qualsiasi altro servizio offerto dal *gatekeeper* o con dati personali provenienti da terzi, a meno che sia stata presentata all’utente finale la scelta specifica e che quest’ultimo abbia prestato il proprio consenso ai sensi del GDPR. La seconda disposizione, invece, si preoccupa in modo generico di ricordare il rispetto dell’art. 20 del GDPR obbligando le piattaforme a garantire e promuovere l’effettiva portabilità dei dati generati mediante l’attività di un utente commerciale o di un utente finale.

In secondo luogo, richiamando alla mente i fatti che paiono essere oggetto dell’istruttoria su Amazon²³, l’art. 6, primo comma, lett. a) e il connesso secondo comma dello stesso art. 6 DMA impongono il divieto per la piattaforma di utilizzare, in concorrenza con gli utenti commerciali, dati non accessibili al pubblico generati attraverso le attività degli utenti commerciali medesimi, ossia tutti i dati aggregati e non aggregati generati dagli utenti commerciali che possono essere ricavati o raccolti attraverso le attività commerciali degli utenti commerciali o dei loro clienti sul servizio di piattaforma di base del *gatekeeper*.

In terzo luogo, le lett. g), h) e j) dell’art. 6 DMA intervengono in materia di

²¹ M. CAPPAL, G. COLANGELO, *Taming digital gatekeepers: toward the ‘more regulatory’ approach to antitrust law*, in corso di pubblicazione.

²² BUNDESKARTELLAMT, caso B6-22/16, *Facebook*, Comunicato stampa, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html.

²³ Cfr. CE, AT.40462, *Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon*, comunicato stampa, https://ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/en/ip_19_4291.

condivisione dei dati. La prima disposizione, sebbene non menzioni espressamente i dati, appare infatti garantire ad inserzionisti ed editori l'accesso diretto e gratuito ai dati che riguardano i loro business, attribuendo a tali soggetti non solo la piena facoltà di accedervi ma anche di analizzare quei dati; ciò comporta che l'analisi dei dati può essere svolta in autonomia da inserzionisti ed editori che quindi non dovranno necessariamente comprarla sotto forma di servizio offerto dalla piattaforma²⁴.

La seconda previsione impone ai *gatekeeper* di fornire *a titolo gratuito* agli utenti commerciali un "accesso efficace, di elevata qualità, continuo e in tempo reale" a dati aggregati e non aggregati"; la piattaforma è tenuta altresì a garantire alle stesse condizioni l'uso di tali dati aggregati e non aggregati che sono forniti o generati nel contesto dell'uso dei pertinenti servizi di piattaforma di base da parte di tali utenti commerciali e degli utenti finali che si avvalgono di prodotti o servizi forniti da tali utenti commerciali. Con riferimento ai dati personali, poi, viene specificato che l'accesso e l'utilizzo deve essere garantito solo se si tratta di dati direttamente connessi con l'uso effettuato dall'utente finale in relazione ai prodotti o servizi offerti dal pertinente utente commerciale mediante il pertinente servizio di piattaforma di base e solo nel caso in cui l'utente finale abbia accettato tale condivisione.

Infine, la terza disposizione interviene con specifico riferimento ai dati prodotti dai motori di ricerca e stabilisce che il *gatekeeper* sia tenuto a garantire ai fornitori terzi l'accesso a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie a dati relativi a posizionamento, ricerca, click e visualizzazione per quanto concerne le ricerche gratuite e a pagamento generate dagli utenti finali, fatta salva l'anonimizzazione dei dati personali.

Sulla falsariga del DMA, anche la riforma tedesca prevede il potere di intervento del *Bundeskartellamt* al fine di: (i) vietare quelle pratiche che comportando il trasferimento del potere di mercato a mercati precedentemente non dominanti, utilizzando e/o collegando dati esistenti rilevanti per la concorrenza, qualora questo crei o aumenti le barriere all'ingresso o ostacoli in altro modo altre imprese; nonché (ii) proibire di trattenere i dati – che le piattaforme ottengono in virtù dei loro servizi – in modo da creare dipendenze ingiustificate. In altre parole, per quanto riguarda questo secondo comportamento, le piattaforme sono tenute a fornire ad altre aziende informazioni insufficienti sulla portata, la qualità o il successo del servizio fornito o commissionato; co-

²⁴ Letteralmente la lett. g) dell'art. 6 dispone che il *gatekeeper* «fornisce a inserzionisti ed editori, su loro richiesta e a titolo gratuito, l'accesso ai propri strumenti di misurazione delle prestazioni e le informazioni necessarie agli inserzionisti e agli editori affinché possano effettuare una verifica indipendente dell'offerta di spazio pubblicitario».

si, ad esempio, nel caso della pubblicità online, al cliente pubblicitario non può essere impedito senza motivo di valutare da solo i suoi indicatori chiave di performance (KPI)²⁵.

5. Le risposte tedesca ed europea agli ecosistemi delle GAFAM.

Sul finire del 2020, il parlamento tedesco ha finalizzato la *Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz)*, vale a dire una riforma della legge della concorrenza tedesca che prende atto della quarta rivoluzione industriale e del conseguente sviluppo dell'economia digitale. Nel gennaio del 2021 è così entrato in vigore il nuovo art. 19, lett. a), il quale è proprio diretto a disciplinare le condotte delle imprese che possono dirsi di “fondamentale importanza per la concorrenza tra mercati” ed, in particolare, sette classi di pratiche che il *Bundeskartellamt* potrà considerare presumibilmente vietate, salvo che le imprese non riescano a produrre una giustificazione oggettiva a sostegno delle medesime condotte.

Più nel dettaglio, quanto all'elemento strutturale della fattispecie, la norma prevede che un'impresa possa qualificarsi come di fondamentale importanza per la concorrenza *across markets* alla luce di fattori ulteriori rispetto alla mera posizione dominante che l'impresa già detenga su uno o più mercati che pure viene presa in considerazione. Tra questi fattori si contano elementi che, evidentemente, catturano il fenomeno degli ecosistemi digitali e le tante frecce che, come si diceva sopra, le GAFAM hanno al proprio arco: dalla capacità di accedere al credito o ad altre risorse di natura finanziaria e non; al grado di integrazione verticale e orizzontale che consente all'impresa di operare su molti mercati tra loro collegati; dalla possibilità per l'impresa di accedere a dati rilevanti per la concorrenza; all'importanza che le attività dell'impresa rivestono per l'accesso dei terzi ai mercati di fornitura e vendita, nonché la relativa influenza sulle attività commerciali di terzi.

Con riguardo all'elemento comportamentale del divieto, invece, come in rapporto alla più tradizionale fattispecie dell'abuso di posizione dominante, le imprese saranno sempre legittimate a dimostrare di non aver commesso un illecito, offrendo delle ragioni che possano giustificarlo in termini oggettivi. Tuttavia, il compito del *Bundeskartellamt* sarà enormemente semplificato rispetto a

²⁵ Cfr. art. 19 a), (2), nn. 4 e 6.

quello di chi dovrebbe applicare il più consueto art. 102, perché l'autorità tedesca non dovrà mostrare gli effetti anticompetitivi prodotti da una impresa di importanza fondamentale per la concorrenza *across markets* che abbia scelto di:

a) fare discriminazioni quanto all'accesso ai mercati di approvvigionamento e vendita tra sé e i propri concorrenti privilegiando, in particolare, le proprie offerte nella loro presentazione al pubblico²⁶ o preinstallando esclusivamente le proprie offerte sui dispositivi tramite i quali quelle medesime offerte raggiungono il pubblico²⁷;

b) ostacolare altre imprese nelle loro attività commerciali sui mercati di approvvigionamento o di vendita adottando, in particolare, misure che portino a una preinstallazione o integrazione esclusiva delle offerte dell'impresa o impedendo ad altre imprese di pubblicizzare le proprie offerte anche attraverso punti di accesso diversi da quelli forniti o mediati dall'impresa²⁸;

c) ostacolare i concorrenti su mercati in cui l'impresa può espandere rapidamente la propria posizione, anche senza essere dominante (in particolare, combinando l'uso di un'offerta con l'uso automatico di un'altra offerta dell'impresa, senza concedere sufficienti possibilità di scelta, o facendo dipendere l'uso di un'offerta dell'impresa dall'uso di un'altra offerta dell'impresa);

d) trattare i dati sensibili alla concorrenza raccolti per creare o innalzare barriere all'entrata nel mercato o per richiedere termini e condizioni per tale utilizzo;

e) impedire l'interoperabilità dei prodotti/servizi o la portabilità dei dati²⁹;

f) richiedere vantaggi per il trattamento delle offerte di un'altra azienda che siano sproporzionati al motivo della richiesta.

²⁶ Qui pare immediato il riferimento alla pratica del *self-preferencing* di cui al caso *Google Shopping* consistente nella sistematica retrocessione nei risultati di ricerca di Google Search, per il tramite un algoritmo ad hoc, dei servizi di comparazione degli acquisti offerti dai *competitor* di Google; retrocessione che, di contro, era accompagnata dalla visualizzazione di Google Shopping, con notevole evidenza grafica, in cima nella prima pagina dei risultati di ricerca. Cfr. CE, 27 giugno 2017, caso AT. 39740.

²⁷ Anche qui sembra immediato il riferimento ai molti casi di pre-installazione di software, anche nella forma di applicazioni, nei sistemi operativi di personal computers o dispositivi palmari, come i telefoni intelligenti. Tra questi, si pensi ad esempio, al caso *Google Android*, nell'ambito del quale la Commissione ha accertato l'esistenza di meccanismi contrattuali tramite i quali Google è riuscita ad imporre, tra le altre cose, la preinstallazione della sua applicazione di ricerca (Google Search) e di *browsing* (Google Chrome) sui dispositivi mobili basati sul sistema operativo Android. CE, 18 luglio 2018, caso AT. 40099.

²⁸ Qui il caso rilevante sembra quello dei videogiochi.

²⁹ Anche qui la memoria corre al caso Microsoft europeo e al tema della compatibilità.

Le condotte affrontate dal nuovo art. 19, lett. a) della legge tedesca sono sostanzialmente simili a diverse pratiche vietate dalla proposta di Digital Markets Act (DMA), elaborata in sede europea con la differenza che mentre la lista tedesca si pone come esaustiva, quella europea risulta solo esemplificativa.

Più esattamente, nel dicembre del 2020 la Commissione europea ha pubblicato l'attesa proposta di regolazione dei mercati digitali, al fine di integrare gli strumenti a disposizione della Commissione per applicare in modo efficace le regole a tutela della concorrenza nei mercati digitali³⁰. Tuttavia, occorre da subito chiarire come la Commissione spieghi che la proposta persegue un obiettivo diverso da quello tipico del diritto antitrust. Essa non vuole proteggere il funzionamento del mercato, ma garantire che nei settori digitali in cui sono presenti i c.d. "gatekeeper" i mercati restino *contendibili ed equi*, indipendentemente dagli effetti reali, probabili o presunti che i comportamenti di dati *gatekeeper* producono sul mercato³¹.

In via ancora più specifica, il DMA svela la sua natura eminentemente regolatoria quando chiarisce che, sebbene gli artt. 101 e 102 TFUE rimangano applicabili al comportamento dei *gatekeeper*, non solo la loro portata è limitata a determinati casi di potere di mercato e di comportamenti anticoncorrenziali, ma la loro applicazione avviene ex post e richiede un'indagine approfondita, caso per caso, di fatti spesso molto complessi³². Diversamente, a tutela del mercato interno³³, il DMA avrebbe il merito di imporre una serie di divieti e obblighi applicabili, a prescindere dai loro effetti, in capo ai soggetti che ai sensi della medesima disciplina si qualificano alla stregua di *gatekeeper*, di là dal fatto che questi ultimi risultino o meno dominanti.

Per quello che qui più interessa, occorre sottolineare come l'ambito di applicazione del DMA *ratione personae* venga individuato guardando a: (i) la natura dei servizi forniti dalla piattaforma online e (ii) la designazione di quest'ultima come *gatekeeper*.

Con riferimento al primo requisito, viene introdotto il concetto di "*core platform services*" ("ossia "servizi di piattaforma di base") al fine di isolare quei servizi digitali in relazione ai quali – a causa delle caratteristiche economiche dei servizi medesimi – sarebbe più frequente osservare sia la scarsa

³⁰ Commissione europea, «Proposta di Regolamento relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale» (Legge sui Mercati Digitali), COM(2020) 842 final.

³¹ Considerando 10.

³² Considerando 5.

³³ La base giuridica del DMA è costituita dall'art. 114 TFUE, e non dall'art. 103 che invece costituisce la base giuridica per l'implementazione delle disposizioni antitrust ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE.

contendibilità dei mercati, sia il verificarsi di pratiche sleali. L'elenco di tali servizi di base include i servizi di intermediazione online (compresi, ad esempio, i mercati, i negozi di applicazioni software e i servizi di intermediazione online in altri settori come la mobilità, i trasporti o l'energia), i motori di ricerca online, i servizi di social network, i servizi di piattaforma per la condivisione di video, servizi di comunicazione elettronica interpersonale indipendente dal numero, sistemi operativi, servizi cloud e servizi di pubblicità³⁴.

In buona sostanza, dunque, innanzitutto sono *gatekeeper* le imprese che, offrendo questi servizi, vengono a ricoprire la posizione di chi finisce per governare il mercato e chi riesce ad operarvi³⁵.

Per quanto invece riguarda il secondo requisito, una piattaforma online raggiunge lo status di *gatekeeper* sulla base di tre criteri cumulativi, vale a dire nel caso in cui l'impresa: (i) abbia un "impatto significativo" sul mercato interno, (ii) gestisca un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali e (iii) detenga una "posizione consolidata e duratura" nell'ambito delle proprie attività o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro³⁶. In aggiunta, la proposta introduce dei criteri quantitativi *ad hoc* (basati sul fatturato e sul numero di utenti attivi) corrispondenti a ciascun requisito qualitativo: laddove tali soglie siano soddisfatte si presume che ognuno dei criteri qualitativi sia automaticamente soddisfatto³⁷. La piattaforma, d'altro canto, può vincere la presunzione presentando "argomentazioni sufficientemente fondate" per dimostrare che, nonostante rientri nelle soglie, di fatto non soddisfa i requisiti di tipo qualitativo sopra riportati. Tuttavia, come evidenziato in dottrina³⁸, questa è l'unica via tramite cui le imprese possono sottrarsi alla nozione di *gatekeeper*, visto che sarebbero prive di valore salvifico sia le efficienze economiche prodotte dalle imprese per i servizi svolti³⁹, sia il particolare modello di business da loro adottato.

Se poi non bastasse, la Commissione si riserva la facoltà di identificare come *gatekeeper* qualsiasi fornitore di servizi di piattaforma di base che, sebbene non raggiunga le soglie quantitative, soddisfi gli elementi di tipo qualita-

³⁴ Art. 2(2). La Commissione si riserva la facoltà di allargare la lista dei servizi a seguito di una *market investigation*.

³⁵ Cfr. Considerando 2 e 12.

³⁶ Art. 3(1).

³⁷ Art. 3(2).

³⁸ M. CAPPAL, G. COLANGELO, *Taming digital gatekeepers*, cit., 20.

³⁹ Considerando 23.

tivo⁴⁰. Inoltre, al fine di evitare fenomeni di c.d. *market tipping*, la proposta di DMA prevede anche la possibilità di designare un “*gatekeeper* emergente” quando una piattaforma soddisfa i primi due criteri qualitativi (impatto significativo e importante; *gateway*) ma il criterio della posizione consolidata e durata sia solo prevedibile e non già realizzato⁴¹.

Definiti i soggetti destinatari, la proposta di legge introduce una serie fissa di diciotto obblighi *ex ante* suddivisi in due liste: una lista di obblighi c.d. *self-enforcing*, ossia direttamente applicabili (art. 5) e una lista di obblighi suscettibili di ulteriori specificazioni da parte della Commissione (art. 6). Più nel dettaglio, al netto delle norme descritte brevemente nel precedente paragrafo, l’art. 5 della proposta di DMA introduce a carico dei *gatekeeper*:

a) Obblighi a vario titolo connessi alla materia di prezzi. Segnatamente, probabilmente in ragione del dibattito in tema di *parity clauses* (o *most favoured nation clauses*, MFN) – dibattito risolto nel senso di considerare tali clausole vietate⁴² – i *gatekeeper* devono consentire agli utenti commerciali di offrire gli stessi prodotti o servizi agli utenti finali attraverso servizi di intermediazione online di terzi a prezzi o condizioni diverse da quelle offerte attraverso i servizi di intermediazione online del *gatekeeper* (art. 5, lett. b). La stessa logica, ovvero la volontà di vietare pratiche funzionali a strategie di

⁴⁰ Art. 3(6). Nell’effettuare tale valutazione la Commissione tiene conto dei seguenti elementi «a) le dimensioni, compresi fatturato e capitalizzazione di mercato, le attività e la posizione del fornitore di servizi di piattaforma di base; b) il numero di utenti commerciali che dipendono dal servizio di piattaforma di base per raggiungere gli utenti finali e il numero di utenti finali; c) le barriere all’ingresso derivanti da effetti di rete e vantaggi basati sui dati, in particolare in relazione all’accesso a dati personali o non personali e alla raccolta di tali dati da parte del fornitore o alle capacità di analisi di quest’ultimo; d) gli effetti di scala e in termini di portata di cui usufruisce il fornitore, anche per quanto riguarda i dati; e) il lock-in degli utenti commerciali o degli utenti finali; f) altre caratteristiche strutturali del mercato».

⁴¹ Cfr. art. 15(4), Considerando 26 e 63.

⁴² Le clausole di parità di prezzo, spesso usate dalle piattaforme operanti nel settore delle prenotazioni alberghiere, consentono alla piattaforma (*Online Travel Agency*, OTA) di richiedere che i fornitori non offrano prezzi più bassi o condizioni migliori su altre piattaforme o sui propri siti web. Il modo in cui le autorità di concorrenza hanno considerato la legalità di queste clausole è variato considerevolmente nel tempo e ha causato un certo grado di incertezza giuridica per le imprese. Si veda, ad esempio, l’istruttoria condotta dall’AGCM nei confronti di Booking ed Expedia (AGCM, Provvedimento n. 25422, 21 aprile 2015, I779 – *Mercato Dei Servizi Turistici-Prenotazioni Alberghiere On Line*). Sul tema si veda M. COLANGELO, *Competition Law and Most Favoured Nation Clauses in Online Markets* in K. MATHIS, A. TOR (eds.), *New Developments in Competition Law & Economics, Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship Series*, Springer, 2019, <https://ssrn.com/abstract=3293716>.

prezzo che potrebbero comportare effetti collusivi, appare sottesa all'obbligo di fornire ad inserzionisti ed editori cui la piattaforma eroga servizi pubblicitari, su loro richiesta, informazioni relative al prezzo pagato dall'inserzionista o dall'editore, ed all'importo o alla remunerazione versati all'editore, per la pubblicazione di una determinata inserzione e per ciascuno dei pertinenti servizi pubblicitari forniti dal *gatekeeper* (art. 5, lett. g).

b) Divieti di strategie di *tying* e, in particolar modo, il dovere dei *gatekeeper* di consentire agli utenti commerciali di promuovere offerte agli utenti finali acquisiti attraverso il servizio di piattaforma di base e di stipulare contratti con tali utenti finali, a prescindere dal fatto che a tale fine essi si avvalgano o no dei servizi di piattaforma di base del *gatekeeper*. I *gatekeeper* sono altresì tenuti a consentire agli utenti finali di accedere a contenuti, abbonamenti, componenti o altri elementi e di utilizzarli attraverso i servizi di piattaforma di base avvalendosi dell'applicazione software di un utente commerciale tramite la quale sono stati acquistati (art. 5, lett. c). Parimenti, la lett. f) dell'art. 5 dispone che la piattaforma debba astenersi dall'imporre agli utenti commerciali o agli utenti finali l'abbonamento o l'iscrizione a qualsiasi altro servizio di piattaforma di base quale condizione per accedere, registrarsi o iscriversi a uno dei suoi servizi. Complessivamente, dunque, il DMA pare essere volto a consentire che le piattaforme accolgano tanti e diversi servizi (strategie c.d. di *mix and match*) senza subordinare l'offerta di un servizio ad un altro servizio offerto dalla piattaforma; in altre parole, le disposizioni menzionate impongono un obbligo di compatibilità commerciale (tramite, appunto, il divieto di *tying*) che non può non essere accompagnato – a monte – da un obbligo di compatibilità tecnologica (ossia la capacità del servizio di accedere alla piattaforma), quale preconditione di fatto; ed, infatti, proprio in quest'ultimo senso paiono collocarsi gli obblighi di cui alle lett. e) ed f) dell'art. 6, ai sensi dei quali, rispettivamente, la piattaforma si astiene dal limitare a livello tecnico la possibilità per gli utenti finali di passare e di abbonarsi a servizi e applicazioni software diversi, e deve consentire agli utenti commerciali (e ai fornitori di servizi ausiliari) l'accesso allo stesso sistema operativo e alle stesse componenti hardware o software disponibili o utilizzati nella fornitura di servizi ausiliari da parte del *gatekeeper* nonché l'interoperabilità con gli stessi.

c) L'obbligo di garantire il diritto degli utenti a fare azione contro i *gatekeeper*, ossia il dovere di astenersi dall'impedire agli utenti commerciali di sollevare presso qualsiasi autorità pubblica competente questioni relative alle pratiche dei *gatekeeper* o dal limitare tale possibilità (art. 5 lett. d); ed infine.

d) Il dovere di astenersi dall'imporre agli utenti commerciali che si avvalgono dei servizi di piattaforma di base del *gatekeeper* l'utilizzo o l'offerta di

un servizio di identificazione⁴³ del *gatekeeper*, o l'interoperabilità con lo stesso (art. 5, lett. e).

Inoltre, tra gli obblighi soggetti ad ulteriore specificazione rientrano, al di là delle disposizioni già richiamate e del generico divieto di discriminazione di cui alla lett. k) dell'art. 6, due obblighi che paiono richiamare i recenti casi *Google Android* e *Google Shopping*. Infatti, si impone ai *gatekeeper* di:

a) consentire agli utenti finali di disinstallare qualsiasi applicazione software preinstallata (che non sia essenziale per il funzionamento stesso del sistema operativo o del dispositivo) sul proprio servizio di piattaforma di base (art. 6, lett. b) ed una norma – ad esso complementare – che impone al *gatekeeper* di consentire l'installazione e l'uso effettivo di applicazioni software o di negozi di applicazioni software di terzi, avendo la piattaforma unicamente la facoltà di adottare misure proporzionate per garantire che le applicazioni software o i negozi di applicazioni software di terzi non presentino rischi ai fini dell'integrità dell'hardware o del sistema operativo fornito dal *gatekeeper* (art. 6, lett. c); ecco che allora, come si accennava, si tratta con tutta evidenza di disposizioni che traggono origine dal caso comunitario *Google Android*⁴⁴ e che rievocano i casi comunitari e statunitensi aperti contro Apple per la gestione del proprio *App Store*⁴⁵;

⁴³ Con l'espressione servizi di identificazione si intendono quei servizi che consentono qualsiasi tipo di verifica dell'identità degli utenti finali o degli utenti commerciali, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata (art. 2, n. 15); sono considerati particolarmente importanti affinché gli utenti commerciali svolgano la propria attività poiché oltre a consentire loro di ottimizzare i propri servizi, possono, infondere fiducia nelle transazioni online (cfr., Considerando 40).

⁴⁴ CE, 18 luglio 2018, caso AT. 40099.

⁴⁵ Su denuncia di Spotify la Commissione ha aperto un procedimento contro Apple – tuttora in corso – volto ad accertare, tra l'altro, se Apple abbia usato il proprio *App Store* per ostacolare Spotify a vantaggio del proprio servizio di streaming musicale *Apple Music*; cfr. CE, *La Commissione apre indagini sulle regole dell'App Store di Apple*, 2020, Comunicato stampa IP/20/1073, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1073. Inoltre, la Commissione europea ha aperto un'indagine antitrust riguardante i termini, le condizioni e le altre misure di Apple per l'integrazione di *Apple Pay* nelle app e nei siti web dei commercianti su iPhone e iPad, la limitazione da parte di Apple dell'accesso alla funzionalità *near-field communication (NFC)* sugli iPhone per i pagamenti nei negozi (“*tap and go*”) e i presunti rifiuti di accesso ad *Apple Pay* per prodotti specifici di rivali su dispositivi mobili intelligenti di Apple; cfr. CE, *Commission opens investigation into Apple practices regarding Apple Pay*, 2020, Comunicato stampa IP/20/1075, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_20_1075. Negli Stati Uniti, la recente causa intentata da Epic Games contro Apple e Google assomiglia alle indagini europee. In particolare, nell'agosto 2020, Epic Games ha aggiunto

b) astenersi dal riservare un posizionamento più favorevole ai servizi e prodotti offerti dal *gatekeeper* stesso ovvero da terzi che appartengono alla stessa impresa rispetto a servizi o prodotti analoghi di terzi (art. 6, lett. d); e, come si preannunciava, e parimenti al divieto contenuto nella legge tedesca, anche questa disposizione pare richiamare il caso *Google Shopping*.

Complessivamente, dunque, il DMA include un ampio insieme di obblighi e divieti che sembrano riflettere il rischio che i *gatekeeper* rafforzino e meglio radichino il proprio potere *across markets*, attraverso strategie di *bundling commerciale e tecnologico*⁴⁶. Come osservato in dottrina, poiché salvo poche eccezioni si tratta di obblighi e divieti destinati a trovare applicazione nei confronti dei *gatekeeper* a prescindere dalla natura del servizio offerto in concreto e al di là del *business model* adottato dalla piattaforma⁴⁷, non può escludersi che essi abbiano senso nei confronti di uno specifico servizio (ad esempio, un motore di ricerca), ma non di un altro (ad esempio, un *marketplace*) e viceversa⁴⁸. Inoltre, il fatto che i menzionati obblighi e divieti catturino pratiche soggette a casi anti-trust passati e in corso, conferma la volontà europea di rendere più veloce ed immediato l'*enforcement* delle norme e quindi il divieto di certe pratiche, rivolgendosi appunto alla regolazione in luogo del diritto antitrust. Il DMA, infatti, non permette alle imprese di presentare giustificazioni oggettive o difese connesse alle efficienze collegate alla pratica oggetto di obbligo e divieto⁴⁹.

un'opzione di pagamento diretto scontato per il videogioco di successo *Fortnite* accanto alle opzioni di pagamento di *iOS App Store* e *Google Play*, in violazione delle politiche di quei negozi e aggirando la tassa del 30% di Apple. Di conseguenza, *Fortnite* è stato rimosso da entrambe le piattaforme ed Epic ha intentato delle cause legali lamentando che Apple e Google si pongono come intermediari inevitabili per gli sviluppatori di *app* e in ogni transazione *in-app* e denunciando restrizioni nel mercato della distribuzione delle *app* e dell'elaborazione dei pagamenti *in-app*.

⁴⁶ P. IBANÈZ COLOMO, *The Draft Digital Markets Act: a legal and institutional analysis*' (2021) 3, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3790276.

⁴⁷ Solo alcuni obblighi dovrebbero, secondo il testo della proposta, applicarsi unicamente ad alcuni fornitori di servizi di base.

⁴⁸ Cfr. D. GERADIN, *Should all digital gatekeepers be subject to the same obligations under the DMA proposal?*, *The Platform Law Blog*, 2021.

⁴⁹ Le uniche eccezioni sono contemplate agli artt. 8 e 9 nei casi in cui gli obblighi mettano in pericolo la redditività economica del funzionamento della piattaforma ovvero per motivi imperativi di interesse pubblico.

6. Conclusioni.

Il diritto antitrust mira a garantire il corretto funzionamento del mercato, perseguendo alcune condotte ma – di norma – senza modificare le c.d. dotazioni iniziali, ossia le risorse di cui inizialmente gode ogni impresa per svolgere la propria attività, si tratti di materie prime, competenze, capitali o altri input ancora.

Ebbene, nel contesto della quarta rivoluzione industriale, i big data si sono rivelati una risorsa particolarmente ambita, non solo perché da essi le imprese estraggono valore, ma anche perché essi sono fonte di potere ed, esattamente, di tre forme di potere: (i) il potere di manipolare l'opinione dei consumatori; (ii) il potere di rendere la propria offerta più appetibile; e (iii) il potere di intuire prima e meglio degli altri delle opportunità di business.

Mostrato come nessuna di queste forme di potere abbia a che fare con il potere di mercato, inteso come la capacità di peggiorare la propria offerta senza perdere un numero considerevole di clienti, il diritto antitrust: (i) può, ancorché a determinate condizioni, perseguire il potere di agire sulla domanda; (ii) può catturare, non perseguire, la capacità di una impresa di rafforzare la propria posizione di mercato migliorando i propri prodotti e servizi; ma (iii) non può impedire a un'impresa di ampliare il dominio della propria conoscenza.

Giacché le maggiori imprese statunitensi che operano nei mercati digitali sfruttano proprio questa capacità di intravedere nuove e potenziali opportunità di affari per creare i propri ecosistemi e giacché in molti temono che nel prossimo futuro le GAFAM finiranno con l'essere le uniche imprese capaci di competere “across markets”, si pone l'esigenza di colmare il gap conoscitivo che separa dette GAFAM dalle altre imprese.

Ribadito che un eventuale obbligo a condividere i big data, ossia ad aprire gli insiemi di dati, sarebbe frutto di una scelta regolatoria, due sono in buona sostanza gli interrogativi che questo approccio alimenta. In primo luogo, pare ragionevole domandarsi se la volontà di impedire il successo delle GAFAM “across markets” rappresenti non un rimedio a fronte di una condotta anti-competitiva o di un fallimento del mercato, ma un chiaro e palese rifiuto dei risultati delle dinamiche competitive e, in ultima istanza, delle scelte dei consumatori. In secondo luogo, se fosse vero che il vantaggio competitivo delle GAFAM non risiede solo ed esclusivamente nei big data, ma anche in altri fattori come capitale e competenze, non è chiaro fin dove questo intento regolatorio finalizzato a garantire le pari opportunità possa spingersi.

Fortunatamente, almeno in Germania, queste forme di regolazione estrema

si sono evitate, individuando una serie esaustiva di condotte che, poste in essere dalle imprese di “fondamentale importanza per la concorrenza *across markets*”, potranno dirsi anticompetitive, senza bisogno di provarne gli effetti negativi sulla concorrenza, purché le imprese non possano fornirne una giustificazione oggettiva.

Analogamente, anche nell’Unione Europea si è optato per una legislazione rivolta a una specifica categoria di soggetti, quasi univocamente identificati, e chiamata a individuare pratiche vietate e obblighi. Tuttavia, la scelta europea oltre ad introdurre alcune disposizioni volte a regolare la raccolta, l’uso e la condivisione di dati da parte dei *gatekeeper*, si colloca ben al di fuori del perimetro antitrust, perché prescinde da qualsiasi analisi caso per caso dell’impatto che i comportamenti considerati possono produrre sul mercato.